

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**  
**Departamento de Derecho Constitucional**



**EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: EL  
SISTEMA BRASILEÑO COMO UN MODELO  
HÍBRIDO O DUAL.**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR**  
**PRESENTADA POR**

**Mauro Viveiros**

Bajo la dirección de la doctora

Asunción García Martínez

**Madrid, 2011**

**ISBN: 978-84-694-2820-7**

© Mauro Viveiros, 2010

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: EL SISTEMA  
BRASILEÑO COMO UN MODELO HÍBRIDO O DUAL**

**Tesis doctoral en Derecho  
Constitucional, Programa: Estudios  
Superiores de Derecho  
Constitucional-período: 2004-2009.  
Doctorando: Mauro Viveiros.  
Directora de la tesis: Profesora  
Doctora ASUNCIÓN GARCÍA  
MARTÍNEZ**

**MADRID-2009**

## ÍNDICE

Introducción:	10
I. La dinámica del control de constitucionalidad brasileño como objeto de la tesis....	10
II. El plan de trabajo de la tesis .....	11
PRIMERA PARTE .....	14
EL PROCESO DE FORMACIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD .....	14
Capítulo I.....	14
El Modelo Original de Fiscalización Judicial. El Sistema Norteamericano .....	14
Introducción:.....	14
1) Surgimiento y contexto socio-político del control de constitucionalidad en el Estado Constitucional Norteamericano .....	15
2) Fundamentos teóricos del nuevo orden jurídico-político: la Constitución escrita como parámetro y valor supremo.....	18
3) Un control de constitucionalidad sin previsión constitucional: la noción de superlegalidad .....	27
4) El caso <i>Marbury versus Madison</i> .....	32
5) Características de la <i>Judicial Review</i> .....	36
5.1) La importancia del sistema de <i>stare decisis</i> : el mecanismo de cierre del sistema de control difuso.....	39
5.2) Posturas ideológicas: el minimalismo y el maximalismo en la teoría del precedente .....	42
5.3) La <i>ratio decidendi</i> y las <i>obiter dicta</i> .....	49
5.4) La revocación ( <i>reversal</i> ) y la rectificación ( <i>overrule</i> ) del precedente judicial.....	50
5.5) Ventajas y desventajas del derecho jurisprudencial vinculante .....	53
Capítulo II.....	56
Orígenes, Desarrollo y Expansión del Modelo Europeo de Control de Constitucionalidad .....	56
Introducción .....	56
1) Una breve referencia histórica: del clásico precedente inglés a las Leyes Fundamentales en Francia .....	56
2) El Control de constitucionalidad en las primeras constituciones europeas: el intento de un control en la Constitución Suiza de 1874.....	60
2.2) El control en la Constitución de Weimar.....	61
2.3) El control en la Constitución de Checoslovaquia .....	62
2.4) En la Constitución Austriaca de 1920 .....	63
3) El Control de Constitucionalidad tras la Segunda Guerra Mundial.....	65
3.1) La expansión del modelo concentrado en Tribunales <i>ad hoc</i> y la articulación con la jurisdicción común .....	65
3.2) El control de constitucionalidad en la Ley Fundamental de Bonn .....	68
3.3) El control de constitucionalidad en la Constitución Italiana de 1948.....	72
3.4) La actualización del modelo kelseniano: la superación de la noción del legislador negativo .....	78
Capítulo III .....	82
El Control de Constitucionalidad en España: la Influencia de los Modelos Alemán e Italiano.....	82
1) Una breve referencia histórica: de la Constitución española de Cádiz de 1812 hasta al pretendido control en el Régimen Franquista .....	82
2) El Control de Constitucionalidad en la vigente Constitución Española: la influencia del modelo alemán e italiano .....	86

3) Los procesos de control de constitucionalidad .....	89
3.1) El Recurso de Inconstitucionalidad.....	90
3.1.1) Objeto.....	91
a) Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley. ....	92
b) Las Leyes Orgánicas y los Estatutos de Autonomía .....	95
c) El Decreto Legislativo y la concurrencia de controles jurisdiccionales .....	99
d) El problemático control del Decreto-Ley .....	101
e) Los Tratados Internacionales .....	106
f) Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales .....	108
g) Las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas .....	110
h) Los Reglamentos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades autónomas .....	111
i) La doble vía de control del derecho preconstitucional: vigencia y validez .....	112
3.1.2) El parámetro del control.....	114
a) El bloque de constitucionalidad.....	116
b) El bloque de constitucionalidad como noción alusiva a principios y valores superiores del ordenamiento constitucional .....	118
3.1.3) La legitimación.....	120
a) El Presidente del Gobierno.....	120
b) El Defensor del Pueblo .....	121
c) Cincuenta Diputados o cincuenta Senadores .....	122
d) Los órganos ejecutivos y legislativos de las Comunidades Autónomas ...	125
e) La ausencia del Ministerio Fiscal .....	128
f) La no intervención de terceros interesados o coadyuvantes.....	130
3.1.4) El procedimiento .....	134
a) La fase de admisión de la demanda y su desarrollo .....	134
b) La prohibición de suspensión de “vigencia” y de “aplicación” de la norma impugnada. ....	136
3.2) La Cuestión de Inconstitucionalidad: el elemento del control concreto en el control abstracto .....	138
3.2.1) Objeto.....	141
3.2.2) El parámetro .....	141
3.2.3) Legitimados.....	141
3.2.3) Procedimiento.....	142
3.2.5) La auto-cuestión de inconstitucionalidad.....	145
Capítulo IV .....	148
Evolución e Interacción de los Sistemas de Control de Constitucionalidad .....	148
Introducción.....	148
1) Evolución de la <i>Judicial Review</i> .....	148
2) Evolución del modelo europeo de control de constitucionalidad .....	160
3) Formación de Modelos Mixtos de control en Latinoamérica.....	172
4) Conclusión .....	179
SEGUNDA PARTE.....	182
EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO BRASILEÑO .....	182
Capítulo V .....	182
Surgimiento, Desarrollo y Evolución del Control de Constitucionalidad en el Derecho Brasileño.....	182
Introducción.....	182
1) La Constitución Imperial de 1824: la ausencia del control judicial.....	183

2) El control de constitucionalidad en la Constitución de 1891 .....	185
3) Los cambios introducidos en el control de constitucionalidad por la Constitución de 1934.....	188
4) El retroceso del control de constitucionalidad en la Constitución de 1937.....	191
5) La restauración del sistema de control en la Constitución de 1946.....	192
6) El control de constitucionalidad en la Constitución de 1967/1969 .....	197
7) El control de constitucionalidad en la vigente Constitución de 1988.....	199
7.1) La estructura del Poder Judicial brasileño .....	199
7.2) El control difuso tradicional .....	202
7.3) La expansión del ámbito del control abstracto .....	203
7.4) El cierre del sistema híbrido de control: el efecto vinculante y la <i>sumula</i> vinculante.....	205
Conclusiones.....	207
Capítulo VI.....	209
El control difuso, incidental y concreto .....	209
1) Órganos competentes: nivel federal y de los estados miembros .....	209
2) Objeto.....	213
3) Instrumentos procesales .....	214
4) Legitimados: la obligada intervención del Ministerio Público.....	219
5) La declaración de inconstitucionalidad en los Tribunales: el principio de reserva de plenario .....	220
6) Efectos: la declaración de suspensión de ejecución, por el Senado Federal, de ley declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal.....	224
Capítulo VII.....	231
Acciones Procesales: La Acción Directa de Inconstitucionalidad.....	231
Introducción.....	231
1) La caracterización del objeto: la exigencia de enfrentamiento directo .....	232
1.1) La abstracción y generalidad del acto normativo.....	234
1.2) La exclusión de la ley formal o acto de efecto concreto .....	237
1.3) La cuestión de la precisión del objeto de control: el texto o la norma.....	243
2) Objeto.....	247
2.1) Las enmiendas a la Constitución Federal .....	247
2.2) Leyes formales y actos normativos federales .....	250
2.3) Medidas Provisorias .....	250
2.4) El Decreto Legislativo .....	255
2.5) El decreto legislativo que suspende la ejecución del acto del Ejecutivo, en virtud de incompatibilidad con la ley reglamentada o, todavía, el que tiene en vista la función de suspender los actos normativos del Poder Ejecutivo que salgan del poder reglamentar o de los límites de delegación legislativa (Art. 49, V, CF).....	257
2.6) El Decreto del Jefe del Poder Ejecutivo que promulga Tratados y Convenciones .....	260
2.7) Actos normativos editados por personas jurídicas de derecho público creadas por la Unión, Estados miembros, Distrito Federal y Municipios así como los <i>Regimientos Internos</i> de los Tribunales.....	264
2.8) Otros actos del Poder Ejecutivo con fuerza normativa debidamente aprobados por el Presidente de la República. ....	266
2.9) Las disposiciones de las Constituciones y leyes estatales: el derecho del Distrito Federal.....	267
3) Legitimación.....	269
4) Procedimiento .....	276

4.1) La medida cautelar .....	281
4.2) Efecto vinculante de la cautelar .....	285
4.3) Consecuencia del rechazo de la cautelar .....	286
5) Efectos.....	288
Capítulo VIII.....	290
La Acción Declaratoria de Constitucionalidad.....	290
Introducción.....	290
1) Objeto .....	291
2) Legitimación y presupuesto.....	292
3) Procedimiento .....	294
3.1) La medida cautelar y sus efectos.....	296
3.2) Naturaleza y amplitud de la cautelar .....	298
4) Eficacia contra todos y efecto vinculante de las decisiones proferidas en las acciones directas de inconstitucionalidad y en las acciones declaratorias de constitucionalidad .....	300
5) Eficacia <i>erga omnes</i> y efecto vinculante: significado y límites .....	301
6) Límites objetivos y subjetivos del efecto vinculante .....	306
Capítulo IX.....	317
La Acción de Inconstitucionalidad por Omisión .....	317
Introducción.....	317
1) Objeto .....	322
1.1) Omisión inconstitucional relevante: ¿preceptos constitucionales concretamente impositivos? .....	324
1.2) Condiciones generales de aplicabilidad de las normas constitucionales: las normas de contenido programático .....	330
a) Vigencia .....	332
b) Validez.....	334
c) Eficacia .....	335
1.3) La noción de imperativo constitucional .....	336
2) Especies de inconstitucionalidad por omisión.....	341
2.1) La omisión total.....	341
2.2) La omisión parcial .....	341
3) Legitimación.....	342
4) Procedimiento .....	343
5) Efectos.....	345
Capítulo X .....	354
La Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental .....	354
Introducción.....	354
1) Tipos de acción .....	354
2) Presupuesto esencial.....	357
3) La cuestión de la subsidiariedad .....	361
4) Relevancia del fundamento de la controversia constitucional.....	365
5) La posibilidad de control preventivo .....	369
6) Objeto .....	371
6.1) Leyes o actos normativos federal, estadual o municipal pos y preconstitucionales .....	372
6.2) El control del derecho preconstitucional .....	373
6.3) El control del derecho municipal .....	375
6.4) El derecho infra legal.....	378
6.5) El control de actos judiciales .....	379

7) Legitimación.....	382
8) Procedimiento .....	384
9) Efectos.....	386
Capítulo XI.....	390
La Autonomía de las Jurisdicciones de Control Constitucional en el Modelo Federativo Brasileño.....	390
1) El modelo federativo brasileño y el subsistema estadual de control abstracto de constitucionalidad de normas y actos estaduais y municipales.....	390
2) La duplicidad de parámetros constitucionales de control: principales problemas derivados de la concurrencia de jurisdicción.....	397
3) El problema de las normas constitucionales de absorción compulsoria por los Estados miembros .....	400
4) El recurso extraordinario para el Supremo Tribunal Federal: el elemento de articulación entre el subsistema y el sistema federal de control .....	405
5) El ámbito del control de constitucionalidad en la acción directa de normas estaduais de competencia del STF.....	410
CONCLUSIONES .....	417
TABLA DE ABREVIATURAS .....	424
BIBLIOGRAFÍA .....	426
ANEXO .....	438
COMENTARIOS A LOS DATOS ESTADÍSTICOS .....	444

## NOTAS AL TRIBUNAL

El hecho de la tesis tratar del derecho brasileño hace necesario anticipar, desde luego, el significado de ciertas expresiones jurídicas decurrentes del proceso histórico, político y cultural que han conformado nuestras instituciones.

Una de las expresiones utilizadas con frecuencia en el texto es la palabra *estatal*, que en los países de sistema federativo admite distinción conforme el ente que se quiera referir. Con la voz *estatal* nos referimos al Estado brasileño, el todo detentador de la soberanía, mientras *estadual* es expresión reservada a las competencias o actividades de los estados miembros de la federación, entes políticos dotados solo de autonomía político-administrativa.

El empleo de las palabras *Supremo Tribunal* – al revés de Tribunal Supremo como se dice en España – expresa el nombre oficial de la Suprema Corte del país conforme el texto del artículo 102 de la Constitución Federal. El calificativo supremo significándolo como el máximo órgano del Poder Judicial, excluye el riesgo de confusiones con los otros cinco Tribunales Superiores (STJ, STM, TSE, TRT), superiores en su orden de competencias, pero subordinados a la autoridad del STF (Supremo Tribunal Federal) que, además de órgano final en la estructura del Poder Judicial, ejerce todas las competencias de Corte Constitucional.

El Poder Judicial, como se llama en España, en Brasil es referido como *Poder Judiciario*, con el mismo significado, uno de los Poderes del Estado por el que se presta jurisdicción en carácter definitivo, como última instancia.

Los *Juizados Especiales* son los tribunales de pequeñas causas, civiles y criminales, proveídos de jueces togados, o togados y legos, competentes para la conciliación, enjuiciamiento y ejecución, mediante procedimiento oral y sumarísimo, con arreglo a criterios de celeridad, simplicidad y efectividad.

Asimismo, tenemos la *Justicia de Paz*, remunerada, constituida de ciudadanos electos por el voto directo, universal y secreto, con mandato de cuatro años, competente para celebrar casamiento, fiscalizar el proceso de habilitación para el casamiento y ejercer atribuciones conciliatorias sin carácter jurisdiccional.

El término *sumula vinculante* tiene el significado de un enunciado que hace el Supremo Tribunal Federal, por el que expresa su entendimiento consolidado sobre materia constitucional, como directriz de orientación a todos los órganos del Poder Judicial y de la Administración Pública, constituyendo ahora regla jurídica obligatoria para todos.

El término *repercusión general* – presupuesto o condición específica de admisión a trámite del recurso extraordinario ante el STF- es usado para significar el carácter general de la cuestión objeto del recurso y la trascendencia de los efectos, políticos, económicos y sociales que la decisión puede tener en la sociedad.

Cuando hablamos de *Congreso Nacional* en Brasil estamos nos refiriendo no a una de las dos cámaras de parlamentares - como a de los Diputados en España -, sino a la reunión de las dos cámaras, de los Diputados Federales y Senadores que lo forman.

Llamamos *Medidas Provisorias* en nuestro derecho al instrumento normativo con fuerza de ley editado por el Presidente de la República en carácter de urgencia, para examen del Parlamento, semejantemente al instituto de los Decretos-Ley de España.



**Decretos Legislativos** son atos deliberativos del Congreso Nacional en materias de su competencia, regulando asuntos externos al parlamento. Mientras **Decreto-Ley** - figura que ya no tenemos en el derecho vigente – era instrumento normativo editado por el Jefe del Poder Ejecutivo y que tenía fuerza de ley.

**Actos Institucionales** eran instrumentos normativos editados por el gobierno del régimen militar, que se caracterizaba como acto de fuerza y que se destinaba a restablecer el orden institucional, en cumplimiento a lo que eran los fines de la revolución militar en el movimiento de 1964.

Una **representación** en el derecho brasileño es una petición o escrito dirigido a algún órgano público para que tome alguna providencia legal. **Representación de Inconstitucionalidad** era el instrumento procesal que, en el derecho anterior, incoaba la acción de inconstitucionalidad ante los tribunales. Y la **Representación Interventiva** es todavía hoy, el instrumento procesal por el que se requiere la intervención de la Unión en los estados y de estos en los municipios.

**Regimiento Interno** es expresión que alude a los estatutos de los tribunales que, entre nosotros, poseen autonomía e poder normativo para regular su organización y funcionamiento.

**Ministro** es el nombre de los Magistrados de los más altos Tribunales; el Supremo Tribunal Federal, los cinco Tribunales Superiores en el orden del Poder Judicial y también del Tribunal de Cuentas de la Unión y de los Ministerios del Poder Ejecutivo.

Mientras los magistrados de los tribunales de justicia de los estados llevan el nombre de **Desembargadores**, los de primera instancia son llamados **Jueces de Derecho**. Hablase, por referencia a la naturaleza del órgano, en juicio (órgano) colegiado y singular, respectivamente, respecto a las decisiones de uno y otro órgano.

El significado de la palabra **Procurador** suele obtenerse a partir de la referencia que se hace a las funciones de distintos cargos. Así, el **Procurador-General de la República** es el Jefe del Ministerio Público de la Unión, compuesto de sus cuatro ramas: MP Federal, MP del Trabajo, MP Militar, y MP del Distrito Federal y Territorios. Ante el Supremo Tribunal Federal actúa en exclusiva en Procurador-General de la República en nombre del Ministerio Público.

En el Ministerio Público hay los **Sub-Procuradores-Generales de la República** y los **Procuradores Generales** de cada uno de estas ramas, los cuales actúan en el nivel de los tribunales superiores e intermedios (Tribunales Regionales Federales), mientras en la primera instancia los miembros del Ministerio Público llevan el nombre de **Procuradores de la República**.

En el sector de la abogacía pública, perteneciente al Poder Ejecutivo, hay los **Procuradores Federales**, que actúan en defensa de intereses de distintos órganos de la administración federal. Tienen por jefe el **Abogado-General de la Unión**.

En la abogacía del estado miembro, llamada Procuraduría-General del Estado, a la cabeza esta el **Procurador General del Estado**, jefe de los **Procuradores del Estado**.

En el ámbito del Ministerio Público de los estados miembros el jefe de la institución es designado **Procurador-Geral de Justicia**. Los **Procuradores de Justicia** actúan en la Procuraduría-General de Justicia y en el nivel de los tribunales estaduais, y los **Promotores de Justicia** actúan en la primera instancia junto a los Jueces de Derecho.

Cuando se quiere oponer las esferas del gobierno local y del gobierno central, suele referirse el Estado X o el Municipio X frente al poder la **Unión**. En otros terminos, el poder local frente al poder central.

El jefe del Poder Ejecutivo estadual es el **Gobernador del Estado**, mientras el jefe del Poder Ejecutivo Municipal **es el Prefecto**. En el Parlamento estadual actúan los **Diputados Estaduales**, mientras en las Cámaras Municipales los parlamentares son llamados **Vereadores**.

La expresión **juicio** en Brasil es empleada no en el sentido de juzgamiento, como en España, pero sí para significar la cognición que se hace acerca de una materia o cuestión. **Audiencia** en Brasil es el acto judicial en que se recoge los testimonios de personas y se inquiere a los imputados.

Asimismo, **pedido**, entre nosotros tiene el significado de demanda en el derecho procesal español.

Cuando se quiere referir a una resolución judicial que estima la acción se dice que es **procedente** y, en caso de haber sido desestimada, **improcedente**. Cuando los tribunales estiman o desestiman un recurso se dice que el tribunal lo ha dado **proveimiento** o **improveimiento**. Si lo rechaza desde luego, por faltar presupuestos o requisitos, se habla que el tribunal no lo conoció.

La expresión **órganos fraccionarios** designa las **Camaras, Turmas** o **Secciones** de los tribunales. El órgano especial de los tribunales es constituido de, lo mínimo, once y como máximo veinticinco miembros, para atribuciones administrativas y jurisdiccionales delegadas de la competencia del tribunal pleno, en los tribunales con un número superior a veinticinco, constituyéndose la mitad de las vacantes por antigüedad y la otra mitad por elección del tribunal pleno.

En los órganos colegiados el ponente recibe el nombre de **Relator**. Los votos que no coinciden con la mayoría son llamados **votos disidentes**, minoritarios o **vencidos**. La decisión se formaliza, en la primera instancia por **sentencias**, y en las demás instancias por medio de **acordãos**.

Asimismo, las resoluciones en que el juez o tribunal no decide ninguna cuestión interlocutoria se llama **despacho**; la que la decide es llamada decisión interlocutoria, y las resoluciones que ponen fin al proceso son siempre **sentencias**. Mientras no cabe recurso algún de despachos, de las decisiones interlocutorias cabe recurso de **agravo** y de las sentencias cabe recurso de **apelación**, ambos para el tribunal de instância superior.

**Mandado de Segurança** es una acción procesal-constitucional para la tutela de *derecho liquido y cierto* contra actos del poder público, tanto para defensa de derechos individuales como colectivos, que puede plantearse perante los jueces y tribunales, cuya competencia es definida en razón de la calificación de las autoridades, v. g. el STF es el competente para el mandato de Segurança frente a actos del Presidente de la República, Mesas de la Camara de los Diputados y del Senado Federal, Tribunal de Cuentas de la Unión, Procurador-General de la República y el próprio STF.

**Mandado de Injunção** es una acción constitucional que visa obtener, por la decisión judicial, la tutela de derechos constitucionales (ejercicio de derechos y libertades y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía) que estén inviabilizados por falta de normas reglamentares de aplicación.

**Reclamación** es una acción que cabe al Procurador-General de la República o al interesado en la causa, para preservar la competencia del STF ou garantizar la autoridad de sus decisiones.

**Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** – que en el texto llamamos acción de incumplimiento de precepto fundamental, adaptando el término – es una acción directa de inconstitucionalidad que los legitimados pueden plantear ante el Supremo Tribunal Federal para la defensa de precepto constitucional, tales como son las prescripciones que dan sentido básico al régimen constitucional, por ejemplo, las que apuntan a la autonomía de los Estados, del Distrito Federal y especialmente las que se refieren a los derechos y garantías individuales.

En Brasil usamos el término **doctrina** para referirnos al trabajo de los juristas; no lo hacemos, como en España, respecto de las lecciones doctrinarias de los tribunales. Hablamos de **jurisprudencia** siempre que invocamos algo dicho por un Tribunal, aunque, desde el punto de vista técnico, se sepa que no todo lo que dice un Tribunal pueda ser así considerado.

Un **juzgamiento de mérito** es lo que resuelve el fondo de la cuestión.

## **Introducción:**

### **I. La dinámica del control de constitucionalidad brasileño como objeto de la tesis**

El estudio central de esta tesis doctoral versa sobre el control de constitucionalidad de las leyes en el ordenamiento jurídico brasileño. Dado que este sistema de control de constitucionalidad comparte y combina aspectos de los dos modelos tradicionales de control (el norteamericano y el europeo) partimos de una somera reflexión al respecto.

El debate que tuvo lugar entre Kelsen y Schmitt acerca de la Justicia Constitucional en el inicio del siglo XX sigue teniendo reflejo doctrinario en la actualidad, no ya sobre la conveniencia y oportunidad de la jurisdicción constitucional – ya que se trata de una institución ampliamente reconocida en casi todo el mundo – sino en lo que respecta a la cuestión sobre cual debería ser el órgano encargado de dicho control, problema directamente conectado con la cuestión de fondo respecto de la opción por un de los dos modelos básicos y de la propia naturaleza del control de constitucionalidad de las leyes.

Si Gran Bretaña permanece fiel a su tipo de control legislativo, como ejemplo específico y extremo de resistencia, por otro lado el control de constitucionalidad jurisdiccional en un sentido amplio se acentuó al implantarse en gran parte de los estados europeos Tribunales Constitucionales, sea integrados en la estructura misma del poder judicial – como es el caso de Alemania – sea como órganos *ad-hoc* – como son los ejemplos de Austria, Italia y España -.

Del otro lado del atlántico, un siglo antes se desarrolló el modelo norteamericano de control de constitucionalidad de las leyes, siendo inevitable a partir del segundo cuarto del siglo XX la comparación entre ambos sistemas.

Si se pretende configurar, desde un punto de vista científico, un modelo ideal (empresa seguramente irrealizable) no parece razonable abordar una comparación teórica entre modelos tan dispares en sus contextos históricos, políticos, económicos y sociales, y basado en fundamentos y principios radicalmente diferentes. La opción por el modelo teórico más coherente, convincente y mejor esquematizado dogmáticamente, es solo una opción. Creemos que lo significativo de un análisis científico es, primero, que se pueda explicar cada uno de los sistemas en su contexto y, segundo, valorar si es operativo, es decir si es eficaz para la realidad política, jurídica y social en la que se inserta.

Convenimos plenamente, pues, con Belaúnde cuando sostiene: “Lo que vale en mi criterio, no es qué sistema es mejor desde un punto de vista teórico, sino cual es el sistema que mejor se adapta al entorno histórico de cada sistema jurídico y además, si éste realmente es útil. Así considerados, es indudable que ambos sistemas, enfocados dentro de sus respectivos ambientes, sirven y son operativos, y no vemos porqué debamos preferir uno al otro. Lo que importa, repito, es si funcionan y si ayudan a supervivencia del ordenamiento jurídico dentro de un determinado país”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> KELSEN, Hans, *The judicial review of legislation, a comparative study of the Austrian and American constitution en Journal of Politics*, 1942, trad. en *Direito*, Santiago de Compostela, num. 1, 1995, *apud* BELAÚNDE, Domingo García, *Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Porrúa, Vol. I, México, 2003, pp. 310-311.

La misma percepción ha sido agudamente expuesta por Rubio Llorente cuando sostiene que “La historia de nuestro Derecho Público (de nuestra doctrina del Derecho Público y en cuanto esta doctrina inspira las soluciones legislativas, también de nuestra legislación) puede ser más fácilmente explicada como reflejo mimético de construcciones teóricas extranjeras que como el conjunto de respuestas teóricas dadas, a partir de posturas ideológicas determinadas, a los problemas que nuestra práctica ha ido planteando, y creo firmemente que sólo avanzaremos realmente cuando comencemos por plantear nuestros propios problemas y esbozar nuestras propias soluciones que, naturalmente, no podrán ignorar nunca las que en otros lugares se han dado”<sup>2</sup>.

Esa perspectiva realista es la única que nos parece aceptable desde el punto de vista de una investigación interesada en una observación comparativa rigurosa, que tenga en cuenta la realidad histórica, política y cultural en que se desarrolla cada sistema de derecho. Pues tal como afirma García de Enterría “...el postulado de que el canon estudioso del rigor impone reflexionar a partir de enteros sistemas foráneos de referencia. No caben las importaciones fragmentarias o a medias de institutos inconexos; las normas y las instituciones, fuera de su contexto, son letra muerta y cáscaras vacías; peor aún, una institución jurídica desencajada de su contexto legal y cultural suele producir efectos perniciosos y desequilibrados en el ordenamiento jurídico en que se inserta”<sup>3</sup>.

En este marco inicial queremos situar nuestra perspectiva comparativa, es decir, alejándonos del análisis sólo teórico y formal de los sistemas y de las transposiciones acríticas de las instituciones y fórmulas procesales; la pretensión de este trabajo es identificar el fundamento y la filosofía que subyace en cada una de las distintas opciones de control de constitucionalidad y analizar en qué medida los sistemas van cambiando en un movimiento de convergencia en temas centrales y, por ende, si la adopción de instituciones y fórmulas procesales comunes permiten confirmar la noción de que Brasil haya alcanzado la identidad de un proceso estructural híbrido o dual de control de constitucionalidad de las leyes.

## **II. El plan de trabajo de la tesis**

Con la finalidad ya expuesta el trabajo se ha organizado en dos partes. En la Primera Parte se estudian los sistemas clásicos de control de constitucionalidad, partiendo del sistema norteamericano como modelo judicial de fiscalización de las leyes caracterizado por ser el modelo original. Teniendo el estudio como foco principal el sistema de control de constitucionalidad brasileño, que nace casi como copia del modelo norteamericano, metodológicamente se impuso describir algo más que el simple conocimiento de sus principios cardinales de funcionamiento, mereciendo una incursión en la teoría general de los precedentes, dada la circunstancia de que el desarrollo actual del sistema de control brasileño se encuentra en una etapa en que dicho conocimiento se revela muy importante.

El Capítulo II se dedica al estudio del sistema de control de constitucionalidad europeo, comprendiendo los orígenes remotos y el periodo posterior de constitucionalización del control, empezando por la Carta suiza de 1874, que precedió a la Constitución austriaca de 1920 que introdujo de forma sistemática el modelo en el

---

<sup>2</sup> RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder*, CEC, Madrid, 1997, pp. 283-284.

<sup>3</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El alcance del control judicial de las administraciones públicas en los Estados Unidos de América*, ed. MacGraw-Hill, Madrid, 1996, *apud* López Pina, Antonio, *Manual de derecho constitucional*, segunda ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, p. XXIV.

continente. Tras el recorrido por el control en el derecho alemán e italiano, se cierra con el proceso de actualización del llamado modelo kelseniano puro de control de normas.

El capítulo destinado al estudio del control de constitucionalidad en España describe los antecedentes del control de constitucionalidad, desde la Constitución de Cádiz y, tras un breve recorrido por las Constituciones posteriores, ofrece un estudio más detenido sobre el control introducido por primera vez en el ordenamiento español en la Constitución de 1931. Enseguida el estudio se centra en las dos vías procesales previstas por la vigente Constitución de 1978, el recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad.

El interés sobre estos sistemas para la tesis radica en su carácter universal. Particularmente España, tras la Constitución de 1978, ha ejercido una fuerte influencia en el pensamiento constitucional brasileño, ya que, aparte de los aspectos culturales que unen los pueblos ibero-americanos, ha sido uno de los países más cercanos al pensamiento jurídico alemán, responsable del formidable impulso que ha tenido la jurisdicción constitucional tras la Segunda Guerra Mundial.

Como sucedió en los países latinoamericanos gobernados por dictaduras militares hasta mediados de los años ochenta, el paso a la democratización del Estado español a finales de los años setenta impuso la aceptación general de la fuerza normativa y superioridad constitucional, ante la necesidad de control del poder político y, en consecuencia, la aceptación de la justicia constitucional como un eficaz freno al arbitrio. Brasil aspira, todavía, a seguir este camino en el que no son desdeñables la cultura y la sabiduría del viejo continente.

La primera parte culmina con un Capítulo dedicado al análisis de los modelos mixtos, en los que posteriormente veremos que se encuadra el brasileño. Al margen de las influencias mutuas que han recibido los dos sistemas tradicionales de control de constitucionalidad, que han dado lugar a que en la actualidad pueda dudarse de su pervivencia como modelos inalterados, el estudio de los sistemas mixtos, híbridos o duales responde inicialmente a la peculiaridad de los modelos iberoamericanos, que debido a la doble influencia norteamericana y europea han configurado lo que se podría considerar un tercer modelo de control de constitucionalidad en el que se insertan instituciones propias de cada uno de los dos sistemas clásicos, en una simbiosis no siempre sencilla.

La Segunda Parte de la tesis está dedicada al sistema de control de constitucionalidad brasileño, empezando por su surgimiento, desarrollo y evolución hasta los días actuales. Posteriormente se dedica un capítulo al modo de control difuso, incidental o concreto, examinando sus principales cuestionamientos, a la luz de la doctrina y jurisprudencia.

A continuación se exponen cada una de las acciones procesales de control de constitucionalidad abstracto o concentrado, siguiendo la misma metodología utilizada para el análisis del derecho español, es decir, definiendo cada una de las especies normativas objeto de control teniendo en cuenta su naturaleza jurídica, su posición en el sistema jurídico desde la perspectiva de fuentes y el enjuiciamiento concreto que de ellas hace el Supremo Tribunal Federal; se finaliza con el estudio de los elementos procesales claves, como son la legitimación, el procedimiento y las sentencias y sus efectos.

La tesis principal que se deriva de este análisis es que el sistema de control articulado en Brasil, inspirado en el modelo difuso o incidental de origen norteamericano, ha evolucionado tempranamente hacia el modelo europeo y en la actualidad se consolida al estilo de las concepciones y formulas practicadas en las Cortes Constitucionales de

Alemania y España, cuyo resultado final ha sido la configuración de un sistema de control de constitucionalidad que puede considerarse híbrido o dual.

Sin embargo, de manera casi paradójica, con la tesis hemos pretendido demostrar que el efecto vinculante de los fallos y de la *súmula* (resumen o síntesis) de las sentencias del Supremo Tribunal Federal, recién introducidos en el control abstracto de constitucionalidad como corrección al rumbo que el sistema había tomado, ha producido un fenómeno de cierre o acoplamiento estructural entre las dos modos de control de constitucionalidad que nos remite a la teoría general de los precedentes del derecho norteamericano.

El modelo híbrido en el derecho brasileño se va a caracterizar, por tanto, por ser un control fuertemente concentrado en la jurisdicción del Supremo Tribunal Federal que convive con la potestad de todos los jueces y tribunales competentes para el control en la vía difusa, y, de otra parte, con la jurisdicción de los Tribunales de los Estados, competentes para el control de constitucionalidad de normas estatales y municipales frente a la Constitución estadual.

El nuevo ciclo que empieza ahora acaso pueda configurar al sistema brasileño de control de constitucionalidad como uno de los más peculiares por su formación y evolución histórica en que se han combinado elementos y variables de uno y otro de los modelos clásicos, pero trascendiendo a la simple conjugación o mixtura de los tipos básicos de proveer la defensa de la supremacía constitucional para configurar una fórmula propia resultante de ajustes sucesivos.

## PRIMERA PARTE

### EL PROCESO DE FORMACIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

#### Capítulo I

#### El Modelo Original de Fiscalización Judicial. El Sistema Norteamericano

##### Introducción:

El modelo de control de constitucionalidad americano de las leyes suele ser referido como “la piedra angular de toda la estructura constitucional de los Estados Unidos y la más original contribución del genio americano a la ciencia política”<sup>4</sup>.

La doctrina acentúa, invariablemente, la sentencia de la Suprema Corte Federal norteamericana de 1803 en la que el Juez *Marshall* ha sido el ponente, como el marco inaugural de aquél sistema de control, en lo cual se da el reconocimiento concreto de la supremacía de la Constitución. Y, en efecto, en cuanto perfeccionamiento del control judicial de las leyes así es. Sin embargo, no sería exacto aceptarse, sin matizaciones, que el sistema de control de constitucionalidad americano ha sido inaugurado por aquella famosa resolución como fruto de una visión iluminada y repentina de aquél *Chief Justice*; en verdad, resulta más bien de un proceso de formulaciones doctrinarias, debates constituyentes y, incluso, antecedentes judiciales.

Del punto de vista histórico, por tanto, no sería correcto concebirlo a partir de aquella fecha como algo enteramente original o inédito. Por otro lado, la entera comprensión del fenómeno –trascendente para la teoría constitucional contemporánea– no debería aislar importantes cuestiones políticas y jurídicas que han estado al rededor de aquella decisión y que, de algún modo, han condicionado o determinado su nacimiento<sup>5</sup>.

En tal sentido habría que señalar en el proceso de formación de la *judicial review* las formulaciones teóricas antes gestadas y, en fin, el contexto en que tiene origen el principio fundamental de la supremacía normativa de la Constitución sobre todos los poderes como valor supremo y que rompía con la firme doctrina de la soberanía parlamentar inglesa. Habría también que dejar constancia de cómo la teoría de la separación de poderes va ser considerada como la fuente central de la Constitución americana y influir en la limitación del legislador.

Asimismo, el peso que posee el principio *stare decisis* en aquél sistema jurídico, donde la jurisprudencia es fuente principal del derecho, repercutiendo de manera muy relevante en el control de constitucionalidad de las leyes, parece justificar un estudio más detenido a los propósitos de esta investigación.

El presente capítulo intentaremos contextualizar, a grandes rasgos, el surgimiento y características de aquél que es el modelo original, el más duradero y el que

---

<sup>4</sup> BEARD, Charles, *An economic interpretation of the Constitution of the United States*, 1913, edición de 1968, MacMilan, Nueva York, p. 162, *apud* ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998, p.93.

<sup>5</sup> Para unos, “la práctica de la *judicial review* nació en torno a la revolución de 1800, que llevó al poder los jeffersonianos. Frente a tan precisa posición, hay todo un abanico de opiniones: la de quienes sostienen la existencia de una ‘sólida tradición’ americana de tal práctica, la de los que la ven larvada o latente en la época colonial, o le otorgan gran importancia en la misma, la de aquellos que contemplan ‘in genere antes de la Convención de Filadelfia de 1787 y aún antes de la misma guerra de independencia, la de aquellos otros que fijan su punto de partida en el inicio del constitucionalismo, en 1776, y finalmente la de quienes sitúan ese punto en la Constitución Federal” (Cfr. ACOSTA SANCHEZ, ob. cit. p. 94).



ha servido de embasamiento teórico incluso para sistemas de derecho pertenecientes a la familia de la *civil law*. Su estudio se impone metodológicamente como un *a priori*, incluso porque muchas de las formulas y concepciones teóricas contenidas en el llamado modelo europeo de control de constitucionalidad de las leyes hoy existentes quedarían poco entendibles sin análisis de sus categorías centrales, particularmente el sistema de control de constitucionalidad brasileño que en él se ha inspirado.

El objeto de este capítulo es sencillo: conocer el modo como los norteamericanos comprendieron – y comprenden hoy- la noción de supremacía constitucional y cómo, del punto de vista jurídico-constitucional, llevan a la práctica la defensa de esa supremacía.

Nuestro método ha sido multidisciplinar, envolviendo abordaje sociológico, filosófico y jurídico. El trabajo se organiza en tópicos correspondientes a cada uno de estos aspectos intentando conocer temas y categorías clásicas de la *Judicial Review* a la luz de la jurisprudencia y doctrina especializada.

### **1) Surgimiento y contexto socio-político del control de constitucionalidad en el Estado Constitucional Norteamericano**

El control de constitucionalidad de las leyes, la más importante creación, con el sistema federal, del constitucionalismo americano se opone a la tradición inglesa de la soberanía parlamentaria, doctrina que inmuniza el control judicial de las leyes y que se impuso frente a la doctrina de Locke y que dura hasta los días de hoy en Inglaterra. Parece oportuno indagar, desde luego: ¿Cómo se explica que Estados Unidos de América, que sigue la tradición del *common law*, va instituir un modelo constitucional que limita los poderes del Parlamento y atribuye el control de legitimidad de las leyes al poder judicial?

Una respuesta satisfactoria a tal indagación exige considerar, antes de todo, el contexto y las circunstancias históricas que marcaron aquella sociedad en el proceso posterior a su independencia de Inglaterra.

El nuevo escenario político y social que se tiene en EEUU tras la guerra de independencia trabada con la Corona inglesa lanza graves desafíos para la estructuración de un sistema jurídico que respondiese a necesidades muy concretas de las nuevas fuerzas políticas, económicas y sociales, sobre todo de una enorme clase media, formada por agricultores y propietarios que impulsaban la economía en donde poseer tierra no representaba un problema, dada la extensión del territorio, el proceso de industrialización era menos avanzado que en Inglaterra y cuyos intereses eran muy diferentes, en aquel momento histórico, a los das poderosas oligarquías europeas<sup>6</sup>. En el ámbito del derecho público, la necesidad de ajustar las normas jurídicas era aún más evidente; los viejos lazos con Inglaterra se habían quebrado.

---

<sup>6</sup> Conforme sostiene FRIEDMAN, “Ciertamente había menos oligarquía en los Estados Unidos que en los viejos reinos de Europa. El derecho de las miles de personas que configuraban la clase media tuvo que evolucionar. Para sobrevivir, tenía que ser más claro y más accesible que el derecho de la minoría adinerada. En pocas palabras, el derecho se tuvo que adaptar a las necesidades de los consumidores; tuvo que cambiar por lo menos para que los abogados, como gestores de la información legal, lo pudieran utilizar. Lo que ocurrió básicamente con el derecho norteamericano durante el siglo XIX fue que experimentó una transformación colosal para responder al vasto y creciente número de consumidores.” (FRIEDMAN, L., *A History of American Law*, Touchstone Books, New York, 2ª ed., 1985, p. 114, *apud* MAGALONI Kerpel, Ana Laura. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, McGrawHill, Madrid, 2001, p. 4).

Esas necesidades en el ámbito público y privado iban determinar una distinta arquitectura funcional del Estado y del derecho que comprendiera, por un lado, satisfacer el vasto y creciente número de sus consumidores y, por otro, desarrollar el orden federal que pudiese garantizar el permanente equilibrio entre las autonomías de los gobiernos locales con la necesidad de unidad de las trece entidades federativas integradas. Estos dos grandes objetivos dominaban, como un lugar común, en las discusiones de la vida política en el periodo formativo del derecho americano, específicamente en el que se refiere a los temas federalismo y la distribución de competencias entre los estados y el gobierno central<sup>7</sup>.

A fin de conciliar la necesidad de fortalecer el poder central, frente a las requisiciones de soberanía de los estados, es creado el mecanismo de la superposición de soberanías, a de la Unión, de los Estados, en materias apartadas, procediéndose una discriminación constitucional de competencias legislativas y ejecutorias. A la Unión cabe básicamente la defensa, la diplomacia, la moneda, la Justicia Federal, el Comercio exterior y la Hacienda Nacional. Los poderes de la Unión son expresos, los de los Estados, residuales, implícitos<sup>8</sup>.

En segundo lugar, para calmar los Estados pequeños, la representación paritaria (dos lugares) en el Senado, independiente de su población, a quien se atribuye poderes decisivos, como el de refrendar la guerra y la paz, los tratados, las indicaciones presidenciales para los altos puestos, en la diplomacia, en los tribunales y otros más. En tercero lugar, la organización de los poderes del Estado federal. Esos son independientes mas armónicos, esto es, dependen unos de los otros para la práctica de ciertos actos. Las leyes son hechas por el Congreso con la sanción de un presidente electo que puede vetarlas (el veto, a su turno, puede ser rechazado). El Ejecutivo hace el presupuesto, pero quien lo aprueba es el Legislativo<sup>9</sup>.

Asimismo, había preocupación fundamental de crear mecanismos para la limitación del poder político y asegurar el ámbito de libertad de los ciudadanos. Había que poner en práctica, a fin de cuentas, el principio de la legitimidad democrática sobre el que se estructuraba el nuevo gobierno de la Unión. Pero, en verdad, tanto en la formación como en el funcionamiento de los poderes el que presidía era un acentuado elitismo<sup>10</sup>. En ningún

---

<sup>7</sup> No se debe olvidar que el proceso de formación del estado federal norteamericano se da de manera centrípeta<sup>7</sup>, es decir, se mueve desde las colonias, que se tornaron independientes, hasta el centro, las cuales constituyeron el poder central, lo que explica, por supuesto, que hasta los días de hoy los estados federados americanos conservan una amplia gama de competencias, a punto de hablarse de una soberanía compartida entre los dos niveles, aunque, técnicamente, lo que debe asignarse a ellos es autonomía, si bien que en un mayor grado de los que se conocen en los demás estados federales. En el caso de la federación brasileña el proceso de formación ha sido inverso u de manera centrífuga, pues nació del poder central para los estados-miembros, tras un período de descentralización administrativa.

<sup>8</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro, *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na constituição de 1988*, 3ª Ed., Del Rey, Belo Horizonte, 1999, p. 66.

<sup>9</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro, ob.cit. pp. 66-67.

<sup>10</sup> En este sentido, Luis Roberto BARROSO critica agudamente la proclamación hecha en la Constitución norteamericana en nombre del pueblo: "Con esa proclamación, que abre la Constitución norteamericana, primero ejemplo de una Carta escrita y solemnemente ratificada, empieza el constitucionalismo moderno. El insinuado origen popular, sin embargo, no correspondía a la verdad de los hechos. Los autores del texto, elaborado a puertas cerradas y sin cualquier participación del pueblo, eran ricos comerciantes y propietarios, héroes militares y abogados de renombre. No se contabilizó un voto ni si oyó una palabra del ciudadano común. La esclavitud no apenas fue aceptada, como se dio a los Estados del Sur un bonos por ello, en la previsión del inciso 3, de la sección 2, del artículo 1º, de que en el cálculo del numero de miembros del órgano de representación popular (*House of Representatives*) se tomaría por base el numero de personas libres sumado a tres quintos de la población restante. Asimismo, el derecho político básico de voto era condicionado por calificaciones de propiedad en la mayor parte del país. Es cierto que el tiempo y la

lugar el sufragio es universal. Los senadores eran nombrados por las legislaturas de los Estados. El Presidente era electo por colegios electorales, formados de delegados, según un complicado sistema electivo.

La Constitución es redactada en el verano de 1787 en Filadelfia, por 55 delegados de los trece estados fundadores que habían sido convocados para enmendar *The Articles of Confederation* – la anterior constitución en vigor desde 1781 y que fracasó por los escasos poderes que le otorgaba al gobierno central, ya que la soberanía se la reservaba de forma expresa cada uno de los estados<sup>11</sup>. Algunos estados no ratificaron la aprobación de la Constitución hasta que el Congreso aprobó la “Carta o Tabla de Derechos (*The Bill of Rights*), aprobadas en 25 de setiembre de 1789 y ratificadas pelos estados el 15 de diciembre de 1791. Con el catálogo de los derechos fundamentales (*Bill of Rights*), dos años después de la aprobación de la Constitución de 1787, se concretiza el paso final en dirección al principio de la legitimidad democrática consistente en el establecimiento de límites al ejercicio del poder y el aseguramiento de los ámbitos de libertad a los ciudadanos<sup>12</sup>.

El sentimiento del pueblo norteamericano en el momento de construcción de la nueva patria marcaba un evidente contraste en relación con la ideología política existente en Inglaterra y conduciría a instituciones jurídicas y políticas enteramente diversas. Conforme enfatiza Coelho:

“Nada más diferente de que la Inglaterra y Estados Unidos. Estos son una masa continental entre dos océanos, aquella una pequeña isla ancorada en las costas de Europa Occidental. Los isleos tienen orgullo de su tradición histórica y cultural multiseccular; los americanos del norte, un pueblo de emigrantes, desdeñan las cosas de la nobleza y pretenden ser la renovada alianza de los hombres libres de todas las patrias. La Inglaterra es una monarquía con régimen parlamentario; los EUA, una República Federativa. Allá el Rey y la dinastía; aquí el Presidente electo, de tiempos en tiempos. Allá la supremacía política del Parlamento, arriba del cual no hay ley alguna. Del lado de acá, la supremacía de la Constitución que para encima de la Nación como una divinidad tutelar. En Albión, una Constitución real, conquistada al largo del tiempo, histórica, guardada por los jueces, el pueblo y por el Parlamento. En la República del Norte, una Constitución escrita y rígida, so la guardia del Judiciario, *controller* de los dos otros poderes del Estado. La Inglaterra, país unitario y centralizado, los EUA, un Estado federal y, por tanto, descentralizado política y administrativamente. Y así, aunque el derecho común de ambos sea el mismo en sus bases categoriales: *torts, trusts*, etc., siendo, además, la transmisión de la orden jurídica realizada por el quehacer jurisdiccional, de ahí que antes de la ‘interpretación’ de la ley por el juez, confiriéndola el real significado en los casos concretos no hay ley en términos reales, asimismo las técnicas de control de constitucionalidad de las leyes y de la legalidad de los actos administrativos son profundamente diversas<sup>13</sup>.

---

aceptación popular legitimaron, sin margine a contestación, el documento aprobado en 1787. Pero fue sólo en 1865 que, por intermedio de la 13ª enmienda, se puso fin al régimen servil. El principio de la igualdad, en la forma del *equal protection of the law*, tardó hasta 1868, cuando ratificada la 14ª enmienda. Y pasaron 134 años hasta que, por medio de la 19ª enmienda (1920), las mujeres adquirieran el derecho de voto. Ni todas las historias constitucionales tuvieron un final feliz así. (*O direito constitucional e a efetividade de suas normas-Limites e possibilidades da Constituição brasileira*, Renovar, Rio de Janeiro, [s.d.], p.52).

<sup>11</sup> ALCARAZ VARÓ, Enrique; CAMPOS PARDILLOS, Miguel Angel y MIGUÉLEZ, Cynthia, en *El inglés jurídico norteamericano*, 2ª ed., Ariel Derecho, Barcelona, 2002, pp. 15-16.

<sup>12</sup> SOARES, Guido Fernando Silva, *Common Law: introdução ao direito dos EUA*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 83.

<sup>13</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro, ob. cit. p. 55.

Pero, aún llevando en consideración el contexto y las circunstancias históricas referidas, determinantes en el proceso político, habría que profundizar la anterior indagación en un desdoblamiento inevitable sobre: ¿cuales fundamentos teóricos sirvieron a la conformación del nuevo orden jurídico-político? Es el tema que nos ocupa el prójimo apartado.

## **2) Fundamentos teóricos del nuevo orden jurídico-político: la Constitución escrita como parámetro y valor supremo**

El estudio sobre las razones teóricas por las cuales los Estados Unidos han creado un Estado constitucional y el control de constitucionalidad, rompiendo con la noción de la soberanía del parlamento existente en Inglaterra, nos remete a una temática, un concepto o una idea tan antigua como revolucionaria y actual en el mundo de la ciencia del derecho y del Estado: el derecho natural. A nuestros efectos no es necesario más que describir su influencia; por ello no haremos aquí más que apuntar, en líneas muy generales, los elementos teóricos que básicamente permitieron la composición y transposición de la idea de que “por encima del Derecho de los hombres está el Derecho de los dioses” a la otra idea de que “el legislador y, en general, todos los órganos estatales vienen sometidos a un Derecho superior, bien que de naturaleza positiva, encarnado en la Constitución”<sup>14</sup>.

El orden jurídico-político de los EEUU marca el surgimiento del Estado Constitucional, concepto estrechamente vinculado a la noción de Derecho natural de la filosofía racionalista. La idea de un Derecho fundamental o más alto (*higher law*), sostiene García de Enterría, “era claramente tributaria de la concepción del Derecho natural como superior al Derecho positivo e inderogable por éste y va a ser reafirmada por los colonos americanos en su lucha contra la Corona inglesa, a la que reprochan desconocer sus derechos personales y colectivos. Ese “derecho más alto” es en el que se funda la rebelión y su afirmación va a estar entre las primeras proclamaciones del nuevo orden. Ya en los famosos argumentos de James Otis en el *Writs of Assistance case*, de 1761<sup>15</sup> (que para Adams significan “el nacimiento del niño independencia”) se atacan las medidas fiscales que azotan a los colonos como contrarias a *the fundamental principles of law*, de lo que deduce que *an Act against Constitution is void* (una Ley contra la Constitución es nula) y que los Tribunales deben inaplicarlas (*the courts must pass such Acts into disuse*)”<sup>16</sup>.

Esta concepción que distinguía ley natural y ley positiva caló profundamente en los teóricos ingleses de la “Gloriosa Revolución”. John Locke afirmaba la absoluta

---

<sup>14</sup> PRIETO SANCHIS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 32.

<sup>15</sup> Conforme ACOSTA SÁNCHEZ, la idea sobre la supremacía de la Constitución que domina en las colonias americanas antes de la independencia es muy distinta a la que se impondrá andando en el tiempo. La expresión más famosa de la misma pertenece al abogado de Boston, James Otis, quien en 1761, durante el juicio a propietarios de mercantes americanos apresados por violar leyes inglesas, tachó a éstas de ilegítimas, fundándose en la falta de representación de los ciudadanos americanos en el Parlamento inglés, requisito de equidad natural indispensable para que aquéllos se sometieran a las leyes de éste... En su tarea forense Otis anunció uno de los principios fundamentales del constitucionalismo moderno al expresar que “una ley contraria a la Constitución es nula, que “una ley que vaya contra la equidad natural se ha de tener por inexistente” (ob. cit., p. 95).

<sup>16</sup> También el libro de SHARP, *A declaration of the people's natural right to a share in the legislature*, de 1774, es referida como una de las fuentes del movimiento y juzga, con base en la Magna Carta, que el juicio por los pares y no por jueces extraños es “el primero y más esencial derecho de la Constitución”, estimando que juzgar irlandeses (o americanos) en Inglaterra era contrario al *fundamental law* y que la Ley que lo autorizaba era, por tanto, una *unconstitutional Act of Parliament*, una Ley inconstitucional del Parlamento; quizás la primera vez que aparece este concepto capital (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 51).

superioridad del Parlamento, pero admitía que el Parlamento estaba limitado por la ley natural y fue precisamente en la apreciación de éste límite que se basara la famosa sentencia del juez Coke de 1610 en Inglaterra. Los colonos encuentran en Coke y en Locke sus mentores jurídicos directos. Ambos son herederos de la gran tradición iusnaturalista europea, en la que expresamente apoyan su concepción de un parámetro normativo superior a las leyes positivas: el Derecho natural, que es a la vez la expresión de una *lex eterna* y *lex legum*, ley para todas las leyes<sup>17</sup>.

El Derecho natural penetraba clara y fuertemente en el documento formal de independencia de Inglaterra, como algo dado que dispensaba demostración. Conforme consta de la declaración de Independencia de los Estados Unidos, el 4 de julio de 1776:

“Sostenemos que estas verdades son evidentes por si mismas: que todos los hombres son creados iguales, que han sido investidos por su Creador de ciertos derechos inalienables [que entre estos se encuentran la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad] que para asegurar tales derechos, los Gobiernos han sido instituidos entre los hombres, cuyos justos poderes derivan del consentimiento de los gobernados”.

La doctrina de Locke<sup>18</sup>, conforme García de Enterría, tuviera la gran virtud de transformar la abstracta noción del Derecho natural<sup>19</sup> en los derechos del hombre (derechos que proceden del estado de naturaleza del hombre, que éste no transmite en el pacto social, antes bien el pacto social se ordena justamente a su salvaguardia y garantía), estableciendo el *supreme power* de la comunidad para preservar las libertades y propiedades de los ciudadanos *of anybody, even their legislators*, frente a cualquiera, aun frente al legislador, con lo que los derechos naturales pasan a ser el último *test* de validez de las leyes positivas. Pero esta doctrina ofrece algo más que una mera filosofía, ofrece una técnica jurídica concreta, la de que, en los términos del *Bonham's case*, en su aspecto de *ius naturae*, controle las leyes del parlamento y en ocasiones las declare totalmente nulas; el juez puede, pues, controlar el parlamento.

Esta nueva forma de concebir el Derecho natural, para los norteamericanos respondía a estrategia muy definida: instituir un Estado a servicio de la soberanía popular mediante la limitación de los poderes por una ley fundamental escrita, rígida y protegida por el Poder Judicial. Y el esquema del Derecho natural y del contrato social iba ser las mejores justificativas y explicaciones en las circunstancias históricas, pues con tal artificio se pudo trasladar al derecho positivo categorías propias de Derecho natural, por una parte mediante la reafirmación de la idea de un Derecho superior o por encima de la ley de los hombres, que se inscribía en una “Carta Sagrada de Derechos”, y, por el otro, con la inducción a la creencia que el nuevo orden fundacional era fruto de un contrato basado en

---

<sup>17</sup> Ídem, p. 52.

<sup>18</sup> El contractualismo ha sido empleado para demostrar la tesis de que el poder político es necesariamente limitado, así lo entendían Grócio y Pufendorf y especialmente Locke, que lo utilizó para defender la revolución liberal inglesa de 1688. Decía PUFENDORF: “Si consideramos una multitud de individuos que gozan de libertad y de igualdad natural, y quieren proceder a institución de un Estado, es preciso antes de más nada que esos futuros ciudadanos hagan un pacto en el que manifiesten su voluntad de unirse en asociación perpetua y de proveer, con deliberaciones y ordenes comunes, su propia salvación y seguridad. Eso pacto puede ser simple o condicionado: se tiene el primero cuando alguien se obliga a participar de la asociación, sea cual sea la forma de gobierno aprobada por la mayoría; el segundo, cuando añade la condición de que la forma de gobierno será aprobada por él mismo” (*Apud* ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de filosofía*, Martins Fontes, São Paulo, 1998, p. 206).

<sup>19</sup> PRIETO SANCHIS, en cita a H. WELZEL, sostiene que el Derecho natural de Pufendorf llegó antes a las colonias merced a la obra de J. Wise, *Introducción a la filosofía del Derecho* (1962), trad. de F. González Vicén, Aguilar, Madrid, 1971, pp. 146 ss. (SANCHIS, Luis Prieto, *ob. cit.* p.43, nota 72).

el consenso con el pueblo, cuya decisión se postulaba como superior a todos los poderes<sup>20</sup>.

El iusnaturalismo racionalista, en sus distintas versiones, tendrían en común la exclusión del fundamento trascendente: el Estado y el Derecho no existen por obra de Dios, ni tampoco el fruto de la tradición, sino que se concibe como producto de seres racionales. Para el contractualismo moderno, el importante era determinar cómo el Estado debe comportarse. El contrato desempeñaba así una función teórica, pero de indudable trascendencia práctica, pues si racionalmente se concibe que los hombres aislados preceden a toda forma de asociación de manera que cualquiera de ellas ha de ser obra de su libre acuerdo, parece cierto que las instituciones desempeñarán un papel instrumental al servicio del individuo. Sustancialmente, el contenido del contrato es el derecho natural del individuo, que se da a cambio de una contraprestación de igual o mayor valor: los beneficios de la sociedad y la seguridad de la organización política.

Para el filósofo racionalista - al contrario de lo que pensaba el teólogo medieval - el concepto de naturaleza no es capaz de albergar las instituciones: el Derecho y el Estado carecen de apoyatura histórica y teleológica y, por tanto, no podrían basar su legitimidad en la tradición o en una autoridad de orden superior; el contrato, es decir, el consentimiento individual, era el único camino para justificar la sociedad política. Todo el fundamento jurídico del Estado era situado en el *consensus* que representaba la sustancia del contrato, concebido como una declaración de voluntad jurídicamente libre y, por tanto, vinculante.

El derecho sería pura creación humana. Dice Prieto Sanchis: “Conviene subrayarlo: los gobiernos no son realidades naturales queridas por Dios, son artificios creados por los hombres con una finalidad concreta, que es preservar sus derechos. Y de ahí que cuando dejan de hacerla, el pueblo tiene derecho a reformar o abolir esos gobiernos e instaurar otros nuevos; por eso, como dice la Declaración francesa de 1793, «la resistencia a la opresión es la consecuencia de los demás derechos del hombre» (Art. 33). En suma, todo ello debería conducir a un modelo de gobierno y de legislación limitado por la Constitución, básicamente por los derechos”<sup>21</sup>.

El aspecto instrumental de la Constitución, en cuanto al papel que jugó en la institución de un gobierno limitado, del punto de vista formal, sin embargo aparece más saliente que en relación a la preocupación de declarar derechos y protegerlos con la cláusula de inalienabilidad, puesto que originalmente, en la Constitución redactada en 1787 no se tenía una tabla de derechos, el que sólo se da en 1789, tras la aprobación por el Congreso de las diez primeras enmiendas a la Constitución, las que se conoce como la primera carta o declaración constitucional de derechos civiles (*Bill of Rights*), que pasan a vigorar a partir de 1791. Pero, la justificativa podría ser rastreada en la consideración de que la mejor protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, como entendía

---

<sup>20</sup> Luis PRIETO SANCHIS revela este significado: “De este modo, la propia idea de superioridad constitucional, esto es, la idea de que existe un poder fuera y por encima de los órganos estatales, capaz de dictar normas que limitan y vinculan a estos últimos, resulta ser una clara traslación al orden político de la vieja pretensión iusnaturalista de imponerse al Derecho positivo. Asimismo, el acto constituyente, en cuya virtud individuos libres y iguales dan vida a una nueva organización, representa una evocación del modelo contractualista en el que, como hemos visto, desembocó el iusnaturalismo racionalista. Y es lógico que los colonos americanos creyesen estar concluyendo un contrato social, pues del mismo modo que en la teoría del contrato no se apela a la historia, sino a la razón, así «lo característico de *los orígenes* en la naciente experiencia norteamericana va a ser la ausencia de *pasado* o, mejor, la ausencia del siempre pesado lastre del pasado»; de ahí que «Nosotros, pueblo de los Estados Unidos, con el fin de crear una unión más perfecta, de establecer la justicia [...] *instituímos y promulgamos*” (Ob. cit. p. 42).

<sup>21</sup> Ídem, p. 49.

Hamilton, podría quedar eficazmente asegurada por la propia organización y limitación del ejercicio del poder.

Para Prieto Sanchis, la conversión de la teoría del Derecho natural en la teoría de los derechos naturales<sup>22</sup> no podría ser políticamente más oportuna, pues vino a transferir el fondo de legitimidad del Derecho natural a las Declaraciones de derechos con que se inicia el moderno estado liberal, y en este sentido la influencia del iusnaturalismo racionalista confiere un sentido enteramente nuevo a los derechos y al poder político. Nos hallamos, pues, ante una idea de Constitución que parte "de la creencia en la posibilidad de una planificación de la vida política, de una racionalización del acaecer político», lo que a su vez representa una proyección de las formas intelectuales de la Ilustración”.

Es en tal sentido que hoy se dice que la Constitución iba reflejar los postulados iusnaturalistas, menos en el sentido ontológico y más en un sentido deontológico<sup>23</sup>, identificando los supremos fines de la Unión y los valores de la persona humana. John Hart Ely, a este propósito, tras acentuar la idea de que “la justicia y la felicidad se encuentran mejor garantizados cuando no se intenta definirlos para siempre, sino mas bien atendiendo a los procesos gubernamentales mediante los cuales se especificarán sus dimensiones en el transcurso del tiempo, sostiene que esa idea alusiva a proceso democrático fue trasladada a la Declaración de Independencia –la principal afirmación iusnaturalista- y a la propia Constitución, en la que, sin embargo, no se intenta establecer una ideología dominante sino más bien crear una estructura durable para la solución de los conflictos políticos<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> El autor demuestra que una consecuencia del artificio del contrato es que el Derecho natural quedará subjetivizado: “si antes el orden objetivo querido por Dios precedía y era fundamento de cualesquiera pretensiones individuales, ahora estas aparecen como el origen de las instituciones y, también, precisamente, como las encargadas de conformar el propio orden objetivo”. Y, dado que la autoridad tiene su origen en un convenio, cabe decir que ‘la soberanía reside originalmente en el pueblo’. Los derechos naturales son, pues, la causa y justificación de todo poder político; la causa porque es su igual libertad la que permite a los individuos concluir el pacto social; la justificación porque el fundamento de la legitimidad de ese poder consiste en la mejor protección de los derechos”. (ob. cit. pp. 40-41).

<sup>23</sup> La referencia a iusnaturalismo “ontológico” y “deontológico” parte de la distinción hecha por D’antrevis en relación al iusnaturalismo contemporáneo. Según el autor, “la noción de Derecho natural sólo puede conservar algún significado si se abandona la concepción del mismo como una “ontología” del Derecho, entendiéndolo, en cambio, “deontologicamente”, esto es, no como un hecho, sino como un valor. En este sentido, el Derecho natural tendrá a su cargo la indicación del valor o disvalor atribuido al Derecho existente (en la noción de Estado). El Derecho natural deontológico, por tanto, define el deber ser del Derecho, cómo debe ser el Derecho positivo para ser Derecho justo, “no es sino el interprete de la conciencia moral” (...), por una parte un criterio de valoración moral del Derecho y, por otro lado, una traducción en términos jurídicos de los valores morales”. (apud SAUCA, José Maria, in *Curso de teoría del derecho*, Peces Barba et al, Marcial Pons, 2ª ed., Madrid-Barcelona, 2000, pp. 298-299).

<sup>24</sup> *Democracia y desconfianza*, Siglo del Hombre editores, trad: Magdalena Holguín, Santafé de Bogotá, 1997, p. 115. ELY sostiene que la Constitución no contiene el concepto de derecho natural a diferencia de la Declaración de Independencia, acentuando las funciones de referidos documentos; mientras el segundo, como un documento revolucionario, contiene argumentos de toda índole – como alegatos- y recurre a la ley natural, combinando conceptos iusnaturalistas con referencias al derecho positivo, tanto el inglés como al colonial, a la autentica voluntad del pueblo, y incluso a los derechos de los ingleses, en cambio, en la Constitución, que no era un alegato, sino un marco de gobierno, se omitieron referencias explícitas a la filosofía iusnaturalista, y eso porque, además de referida filosofía no gozar de una aceptación generalizada, las necesidades que habían movido la declaración de independencia ya no estaban presentes. La premisa es conforme Su tesis según la cual “la Constitución originaria fue principalmente (y debería decir abrumadoramente) dedicada a las cuestiones de procedimientos y estructuras y no a la identificación y preservación de valores sustantivos específicos”, es decir, “la naturaleza de la Constitución americana” se identifica con una técnica “procesal” de gobierno. Así, los derechos de la primera enmienda (libertad de expresión, de prensa, de reunión y de petición) intentaban frontalmente auxiliar al trabajo procedimental de gobernar, asegurando la discusión abierta e informada de los temas políticos y controlar que el Gobierno no

Por tanto, característica original de la Constitución de los Estados Unidos es el hecho de representar el propio acto de fundación del país y no apenas su carta política, siendo considerada por la doctrina como expresión autorizada del contrato social que une los ciudadanos y legitima las autoridades instituidas. Pero, el elemento fundamental, la gran aportación americana, fue plasmar en una Constitución escrita ese parámetro normativo superior que decide la validez de las leyes del Parlamento<sup>25</sup>. Una vez que la fuerza vinculante del *higher law* se ha trasladado a estas nuevas bases, dice Corwin, “la noción de soberanía del órgano legislativo desaparece automáticamente, puesto que no puede ser soberano un cuerpo creador de derecho que está subordinado a otro cuerpo creador de derecho”<sup>26</sup>.

Además, tal como se estructuraban los derechos en la Constitución, sobre los cuales era imposible negociar, ‘un asunto de justicia’, la supremacía constitucional había de conducir, de forma necesaria, a algún tipo de control de las leyes, dada la noción que se tenía de que la vulneración de la Constitución imponía la máxima sanción: la nulidad. Y ese tipo de control sólo podría entenderse como judicial, dada la lógica comprensión de que, por un lado, el vulnerar la Constitución era vulnerar la Ley de las leyes, y, por otro, porque una inconstitucionalidad perpetrada por el parlamento no dejaba de representar un conflicto, un litigio del cual debería hacerse cargo el único poder competente.

El poder judicial, como garante de los derechos y libertades individuales, pasaría a ser el guardián necesario de la normatividad constitucional estructurada con el principio de separación de poderes al que se agregaba un sistema de frenos y contrapesos<sup>27</sup> que, a la vez que regulaba el ejercicio del poder, asegurando el equilibrio institucional, permitía el disfrute de las libertades. El control de constitucionalidad norteamericano va a caracterizarse precisamente por insertarse en las actividades jurisdiccionales normales, estando entregado a aquél que era considerado el más débil de todos los poderes, hasta el

---

se excediese de sus límites; la libertad religiosa, formulada en la misma enmienda, representa también “una función estructural o de separación de poderes”. El mismo análisis, con análoga conclusión, lo extiende, una por una a todas las enmiendas constitucionales (cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., ob. cit. pp.210-221). . A pesar de la importancia que tiene, en cuanto explicativa de una de las funciones de la Constitución, que además guarda estrecha similitud con la ofrecida en Alemania por Peter Haberle, tal tesis reduce los derechos fundamentales a una dimensión instrumental y soslaya a diversos problemas interpretativos derivados de la naturaleza de las normas constitucionales (de contenido abierto o indeterminado).

<sup>25</sup> La Constitución Norteamericana recoge, en su Título VI, entre otras, la declaración de la supremacía de la Constitución como la ley suprema del país (*the supreme law of the land*); consecuentemente, gozará de superioridad jurídica (*shall enjoy legal superiority*) por encima de cualquier disposición opuesta o contradictoria (*conflicting provision*) contenida en las leyes o en las Constituciones de los estados de la Unión. Esta previsión se la conoce como “Cláusula de Supremacía” (*Supremacy Clause*), (cf. ALCARAZ VARÓ, Enrique, CAMPOS PARDILLO, Miguel Angel y MIGUELEZ, Cyntia, *El Inglés jurídico norteamericano*, 2ª ed., Ariel Derecho, Barcelona, 2002, pp. 16-17).

<sup>26</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., ob. cit. p. 53.

<sup>27</sup> Se trata del llamado *checks and balances*, por lo cual los poderes pueden controlarse recíprocamente, p. ej., el Presidente nombra los jueces del Tribunal Supremo Federal y a todos los jueces federales, tras la aprobación de la mayoría del Senado; el Congreso de los Estados Unidos, compuesto del Senado y de la Cámara de los Representantes, en el ejercicio del poder legislativo aprueba proyectos de ley que deben ser sancionados por el Presidente pudiendo este vetarlo y devolverlo con sus objeciones a la cámara donde se inició. Sin embargo, si cada una de las cámaras, tras reconsiderar las objeciones del Presidente, aprueba el proyecto por una mayoría de dos tercios en cada una de ellas, el veto del Presidente queda invalidado y el proyecto se convierte automáticamente en ley. El Senado puede limitar el poder del Presidente en la ratificación de tratados y en nombramiento de los jueces y altos funcionarios y, además, detiene el poder exclusivo de juzgar al Presidente en procesos de *impeachments* instaurados por la Cámara de los Representantes, pudiendo condenarlo por una mayoría de dos tercios de sus miembros. El Poder judicial ejerce el control de todos los actos administrativos y legislativos de los demás poderes y, incluso, enjuicia a los agentes públicos por crímenes comunes.



punto de que “puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento”<sup>28</sup>.

Sin embargo, el reconocimiento de que la actividad de control de las leyes perteneciera al poder judicial – aunque no previsto expresamente en la Constitución- había de suponer, de cualquier manera, una supremacía de aquél poder sobre el legislativo, objeción que sigue siendo eterna en el tema relacionado a la legitimidad de la Justicia Constitucional, sobretodo en Europa. Pero, también en este punto, Hamilton, tras se plantear el problema de tal supremacía, expone con simplicidad y precisión el fundamento de esa opción, ante todo, por vía de exclusión, sosteniendo que sería inadmisibles que la Constitución hubiese autorizado al legislativo para imponer su voluntad sobre la del pueblo:

“Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y el legislativo, con la finalidad, entre otras varias de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad”.

La lógica argumentativa era muy sencilla y muy clara:

“la interpretación de las leyes es una competencia propia de los tribunales y, al fin y al cabo, la Constitución no deja de ser una ley, aunque fundamental; y del mismo modo que nos parece juicioso y razonable que, en caso de conflicto entre dos leyes, el juez aplique la posterior, así es igualmente plausible que cuando el conflicto se entabla entre normas de distinto valor, se prefiera la de mayor jerarquía.. Ciertamente, aún subsiste el riesgo de que los jueces estuviesen dispuestos a poner en ejercicio la voluntad en vez del juicio [...] Pero si algo prueba esta observación, sería que no debiera haber jueces independientes de ese cuerpo (legislativo)” y, lógicamente, si los jueces dependiesen de aquel sujeto que ha de ser controlado, serían juez y parte”<sup>29</sup>.

El razonamiento de Hamilton, en el que se refiere a la superioridad de la ley fundamental, se armonizaba con el raciocinio de Sr. Edward Coke manifestado en el referido precedente inglés de 1610, el conocido *Bonham case* en que aquél juez considerara inválida ley del Parlamento por ser contraria al *common law*, cuya doctrina se identificaba con la filosofía tomista de superioridad de las leyes de origen divino, consideradas normas de derecho natural, inviolables y superiores en relación al derecho positivo, que deben ajustarse a ellas.

Esa decisión judicial ha sido considerada por muchos un precedente prójimo del control de constitucionalidad so la base de que el Juez Coke hubiera situado la *common law* por encima del Parlamento atribuyendo a ésta un carácter de *fundamental law* del

---

<sup>28</sup> PRIETO SANCHIS, Luis, ob. cit. p. 51. El argumento era una clara matización, dada la circunstancia evidente de que la interpretación de principios constitucionales envuelve amplias posibilidades al intérprete y eso era plenamente conocido y aplicado en el *Common law* norteamericano. Sustraer la voluntad del juez – apunta el autor- era debilitar el poder judicial, el modo de justificar su fuerza limitadora en relación a los otros poderes, tal cual hiciera Montesquieu con la metáfora de que “el juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley” y Kelsen con la ficción del legislador negativo, todos con acentuada retórica, que han servido a su tiempo (ídem).

<sup>29</sup> PRIETO SANCHIS, Luis, ob. cit. p. 52. Este modo de razonar, es decir, el anclar el derecho aplicable a un parámetro de validez superior, no era desconocido en Estados Unidos donde los jueces estaban obligados a desechar toda norma de origen colonial que contraviniese el derecho inglés. De ahí que, “conseguida la independencia, cada una de las antiguas colonias sustituyeron sus viejas *Charters* por nuevas Constituciones; y si bajo la tutela de Inglaterra los jueces tenían la obligación de no aplicar aquellas normas que contradijeran las *laws of the kingdom*, ahora no será extraño que asuman la potestad de declarar *null and void*, y por consiguiente inaplicables, las normas contrarias a las nuevas *fundamental laws*.”

ordenamiento inglés<sup>30</sup> a través del cual se permitiría a los jueces controlar los actos del Parlamento, es decir, la defensa de la tradicional supremacía de la *common law*<sup>31</sup> frente al Parlamento<sup>32</sup>.

Conforme enseña López Ulla, John Locke, que afirmaba la absoluta superioridad del Parlamento – del que se decía podía hacer todo excepto transformar a un hombre en una mujer y una mujer en un hombre-, sin embargo admitía que el poder legislativo estaba limitado en su actuación por la ley natural, el mismo fundamento utilizado en la sentencia *Bonham*<sup>33</sup>. Y acrecienta: “Influenciados por la doctrina de Locke, y utilizando como precedente el *Bonham’s case*, sostenían los colonos que la legislación procedente de Inglaterra no podía vulnerar ciertos derechos esenciales fundados en la ley de Dios y en las leyes de la naturaleza”<sup>34</sup>.

Así que la doctrina de Coke, que acabó incluso destituido del cargo<sup>35</sup>, no ha contribuido a la introducción del sistema de control de constitucionalidad de las leyes en Inglaterra; pero, paradójicamente fuera considerada valiosa por los norteamericanos. Cappelletti explica la aparente paradoja, con apoyo en James Grant, mostrando cómo la supremacía de la ley inglesa impuesta tras la gloriosa revolución de 1688 puede haber contribuido a la formación de un sistema opuesto<sup>36</sup>.

---

<sup>30</sup> Señala GARCÍA-PELAYO que para Coke el *common law* constituye el fundamento del sistema constitucional británico; que el Estado británico está compuesto de modo principal por tribunales; el mismo Parlamento era un tribunal y sus acuerdos debían estar sujetos a la prueba del *common law*. El Derecho es supremo y su base es el *common law*. La conclusión práctica de este principio era la negación de que la prerrogativa fuera un ilimitado poder discrecional, sino un poder encuadrado en el *common law*; es decir, limitado, aunque peculiar y excepcional. Consecuencias: a) el rey no podría juzgar más que a través de los jueces, ‘de acuerdo con el Derecho y la costumbre de Inglaterra’ (*Case of Prohibitionis*, 1607); b) que el rey carecía de poder para alterar el Derecho del país y especialmente crear nuevos delitos (*Case of Proclamations*). (GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 262).

<sup>31</sup> El *common law* está formado por un conjunto de normas que proceden de la jurisprudencia de los Tribunales y que versan sobre materias que no han sido objeto de regulación legal. El *statute law* lo formarían aquellas leyes que, sin ser dictadas como leyes constitucionales, la conciencia colectiva las ha venido considerando como tales por la importancia de su contenido. Entre leyes constitucionales y las que no lo son, es imposible distinguir técnicamente, pues proceden ambas de la misma fuente: el Parlamento y son elaboradas y modificadas de la misma forma. Admite la doctrina, con todo, que las más remotas, las que poseen rango constitucional, tuvieron su origen en un pacto entre la Corona y el Parlamento. (Cfr. LÓPEZ ULLA, Juan Manuel, *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 28).

<sup>32</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La obsolescencia de la bipolaridad “modelo americano-modelo europeo-kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa*, Cortes de Castilla-La Mancha-Universidad de Castilla-La Mancha, año 2002, nº 06, anuario Parlamento y Constitución, pp.10-11.

<sup>33</sup> Según Antonio Roberto SAMPAIO DORIA, Coke ha dicho: “Registran nuestros libros que en muchos casos el derecho común ha de limitar las leyes del Parlamento y, por veces, declararlas completamente nulas, pues, cuando un decreto parlamentario atentar contra el derecho costumbrista y la razón, o fuere repugnante o imposible de se ejecutar, el derecho común habrá de se sobreponer a una tal ley y declararla irrita (*Direito constitucional tributario y due process of law*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, p. 21).

<sup>34</sup> LÓPEZ ULLA, Juan Manuel, *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1999, p.32.

<sup>35</sup> Coke, que era *Chief Justice* del Tribunal de *Common Pleas* y después del *King’s Bench*, acabó destituido. Pero su derrota, de manera paradójica, acabó por reforzar el poder judicial, visto que a partir de entonces los jueces pasaron a aplicar técnicas de distinción – sutiles ratiocinios y bizantinas distinciones- en la interpretación para torcer el significado de la norma cuando con ella no estaban compatibilizados (cfr. COELHO, Sacha Calmon Navarro, ob. cit. pp. 52-53).

<sup>36</sup> Dice él: “... Las Colonias inglesas de la América fueron constituidas a la similitud de las compañías comerciales privadas o municipalidad, que conforme la ley inglesa, podían hacer solamente aquellas cosas

Parece que la historia estaría a sugerir a los norteamericanos que, siguiendo el ejemplo inglés, deberían disponer de un parámetro normativo supremo y un órgano judicial propios, este para hacer respetar aquél. Es así que la experiencia jurisdiccional inglesa habría servido para que los jueces norteamericanos, a partir del mismo raciocinio lógico-jerárquico en el confronto de leyes empleado por los tribunales de la patria-madre, llegasen al objetivo que Coke no tuviera la ventura de conseguir: controlar el parlamento, suceso que sólo ha sido posible con el giro esencial, el anclar la fuerza suprema de todo ordenamiento jurídico en una Constitución escrita y rígida, arriba de la cual no habría nadie.

Ahora bien, hecha la explicación desde la perspectiva de los Estados Unidos, cabe preguntar: ¿Por qué en Inglaterra no podría haber ningún poder superior al parlamento?

Desde otro punto de vista, la explicación para la inexistencia en Inglaterra de una Ley suprema y una jurisdicción constitucional la aportó el tratadista norteamericano Hubert Pope en 1913. Conforme Acosta Sánchez, sobre la *judicial review* decía él: “si la constitución es una ley en el sentido en que se entiende en Inglaterra y en los Estados Unidos, es decir, si *without the court laws no exist*, entonces algún tribunal debe interpretarla y hacerla efectiva. ¿Por qué, sin embargo, bajo un mismo sistema legal los resultados en Inglaterra y en los Estados Unidos han sido tan diferentes? Porque siendo el Parlamento en Inglaterra al mismo tiempo cuerpo legislativo y tribunal supremo no podía reconocer ninguna ley fundamental superior a sus decisiones. La supremacía del Parlamento – sigue aclarando el autor – no está explicada simplemente diciendo que a partir de 1640 se convirtió en soberano. La razón de que se convirtiera en tal se debió a que previamente era el tribunal supremo (*the highest court*). Es decir, el Parlamento era supremo no en virtud de su soberanía legislativa, sino de su supremacía judicial, a partir de la cual ‘no podía existir tribunal alguno que pudiera cuestionar o controlar los actos de ambas Cámaras, en tanto incongruentes o contradictorios con una ley fundamental [...]’. No había ningún tribunal con poder para interpretar una presunta ley fundamental (*common law*, Carta Magna, o Derecho natural) de forma opuesta a la interpretación dada por el Tribunal Supremo del Parlamento”. Eso explicaría por qué, definitivamente, la doctrina de Coke o la sumisión del Parlamento a una fundamental *law* era imposible que se asentara<sup>37</sup>.

---

que le autorizan su carta o constitución propia. De esto deriva la importante consecuencia de que los reglamentos (o reglas secundarias) que van más allá de la autoridad a ella (corporación) concedida son nulos y no pueden ser puestos en vigor por los tribunales. La mayor parte de las Colonias fueron regidas por cartas o estatutos de la Corona, pudiendo considerarse estas cartas como las primeras Constituciones de las Colonias, sea porque eran vinculatorias para la legislación colonial, sea porque regulaban las estructuras jurídicas fundamentales de las propias Colonias. Así que esas Constituciones disponían que las Colonias pudieran aprobar sus leyes propias, pero sólo a condición de que estas leyes fuesen razonables y no contrarias a las leyes del Reino de Inglaterra y, por supuesto, no contrarias a la voluntad suprema del Parlamento inglés. Y fue esa supremacía de la ley inglesa que en numerosos casos el *Privy Council* del Rey decidió que las leyes coloniales sólo debían ser aplicadas si ellas no estuviesen en contraste con las leyes del Reino, como ocurrió en los casos *Winthrop versus Lechmere*, de 1727, y *Philips versus Savage*, de 1773. Juzgo así haber explicado como, entonces, el principio de la supremacía del parlamento – y por consiguiente de la supremacía de la ley positiva – impuesto en Inglaterra a partir de la ‘gloriosa’ revolución de 1688, acabó por no conducir, en América, al mismo resultado a que condujo, al envés, en Inglaterra, es decir, al resultado de sustraer las leyes del control de validez por parte de los jueces. (CAPPELLETTI, Mauro, ob. cit. p. 57).

<sup>37</sup> POPE, Hubert, *The fundamental law and the power of the courts*, en *Harvard Law Review*, vol. XXVII, 1913, pp. 45 a 50, *apud* ACOSTA SÁNCHEZ, J. ob. cit. p. 41. GARCÍA DE ENTERRÍA parece avalar esa afirmación, cuando al referirse a la soberanía del parlamento inglés menciona la doctrina de Mc Ilwain, que hubiera demostrado la inicial consideración del parlamento como tribunal (*La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, p. 51). Miguel DURO MORENO, a su vez, apunta que una ley de 1873, la

De ser esta la causa última, el factor determinante que responde la diversidad de concepción de poder legislativo entre ingleses y norteamericanos, la conclusión inevitable que se podría entresacar es que el control de la legitimidad de las leyes sigue estando, en los dos ordenamientos, en el poder judicial, a diferencia de que, en Estados Unidos, el poder judicial ha sido distinguido y independizado del poder legislativo. La primacía del poder judicial, en esa medida, se explicaría antes por su posicionamiento estructural y de independencia de sus miembros frente a los demás poderes, pues en él reside todo el poder jurisdiccional, incluso, evidentemente, la implícita competencia de *judicial review*. Ya el poder incontrastable del parlamento inglés, que todo puede –hacer, confirmar, ampliar, restringir, abrogar, revocar, restablecer, interpretar cualquier ley...- no tendría cabida en el sistema norteamericano donde se produjo desde el texto de la Constitución una clara separación entre la función jurisdiccional y la estrictamente legislativa.

Por todo ello se ha afirmado que el principio inglés de supremacía del legislativo ayudó en América al nacimiento de un sistema contrario, un sistema que sin traumas ni recelos permitió a los jueces el control sobre la validez de la legislación<sup>38</sup>.

Así, mientras los jueces y tribunales en Europa no gozaban de la confianza social en aquellos tiempos, obligando Kelsen a una formulación teórica, situando el Tribunal Constitucional como legislador negativo, un “colaborador del legislador”, en el Estados Unidos fueron ellos desde los primeros momentos los arquitectos del sistema y, por consiguiente, el orden normativo y el pensamiento jurídico norteamericano se impregnaron de la concepción casuística y empirista prototípica de la tradición jurídica del *common law*<sup>39</sup>.

En suma, el constitucionalismo norteamericano, con la institucionalización del federalismo, la separación de poderes, y la introducción del principio de la soberanía popular y de la supremacía de la Constitución con un Poder Judicial autónomo encargado de garantizar el cumplimiento de los derechos individuales han aportados los elementos finales que conforman la teoría del Estado contemporánea, lo que, por ende, vendría representar una arquitectura de Estado en la cual la *judicial review* encajaba como una

---

*Judicature Act*, trasladó las competencias de la Cámara de los Lores a un nuevo tribunal, el *Supreme Court of Judicature*, pero la *Judicature Act* de 1875 “corrigió y refinó las disposiciones de contenido judicial que figuraban en la ley de 1873” y “restituyó a la Cámara de los Lores el estatuto de tribunal supremo del que había sido privada y del que aún hoy está provista” (*Introducción al derecho inglés: la traducción jurídica inglés-español y su entorno*, Colección derecho, discurso y traducción, Edisofer, Madrid, 2005, p. 162). Señala GARCÍA-PELAYO, en el mismo sentido, al señalar que para Coke el *common law* constituye el fundamento del sistema constitucional británico; que el Estado británico está compuesto de modo principal por tribunales; el mismo Parlamento era un tribunal y sus acuerdos debían estar sujetos a la prueba del *common law*. (*Derecho constitucional comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 262).

<sup>38</sup> LÓPEZ ULLA, Juan Manuel, *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 33.

<sup>39</sup> MAGALONI, A. ob. cit. p. 5. Por cierto que seguir el *common law* no implicaba seguir el derecho anterior; había que crear un nuevo derecho acorde con las exigencias de aquella sociedad en transformación. El derecho inglés, a pesar de haber sido considerado vigente en varias entidades federativas, había que pasar por el test de validez que hacían los jueces en cada decisión, poniéndolo a la prueba, valorando su utilidad y lo transformaban en concordancia con las nuevas demandas de la sociedad americana. Por ello se ha dicho que, en realidad lo que los norteamericanos importaron de Inglaterra no fue precisamente el derecho sustantivo, sino un método para que los jueces lo desarrollasen. Y fue gracias a ese método del *common law* para crear derecho a partir de las decisiones judiciales que los tribunales federales y estatales sentaron las bases para poner en marcha el proyecto jurídico del nuevo país independiente.

pieza clave, el elemento definitivo en aquella visión limitadora de la política<sup>40</sup> por el derecho, como un modelo exportable para todo el mundo.

Sin embargo, como se verá, esa piedra de encaje habría de concretarse de manera constructiva y prudente, siguiendo la misma metodología inherente a la tradición del *common law*, que desde mucho tiempo concibiera el derecho como el resultante de la aplicación judicial en la solución de conflictos subjetivos y no cómo el derivado de un parámetro normativo abstracto contenido en las leyes escritas.

### **3) Un control de constitucionalidad sin previsión constitucional: la noción de superlegalidad**

Es cierto que la positivización de una cláusula de supremacía constitucional en el texto de la Constitución fue, sin duda, fundamental, pero no habría sido suficiente, ni siquiera con la inquebrantable fe del pueblo en la vigencia de los valores y compromisos políticos que recogía aquella Carta si no hubiesen mecanismos por los que se pudiese hacerlos valer en concreto por un poder suficientemente fuerte para imponerla a la observancia general<sup>41</sup>. Y este poder, como visto, iba a ser el Poder Judicial, sin embargo de que el mecanismo de control se desarrollaría por la vía interpretativa sin cualquier fórmula jurídica expresa en el texto constitucional.

En efecto, el modelo americano de control de constitucionalidad, al contrario del modelo europeo –que es teorizado por Kelsen y expresamente implantado por primera vez en la Constitución de Austria en 1920<sup>42</sup>–, no aparece escrito en la Constitución de los Estados Unidos de América y ello se puede explicar, básicamente, por dos razones: la primera es que el control de constitucionalidad, como mecanismo autónomo, no sería una cuestión estructural cómo para integrar el texto constitucional volcado a regulación de principios político-económicos muy generales sobre los que se asentaba aquel Estado; la

---

<sup>40</sup> La doctrina del contrato social y el derecho natural fueron los materiales teóricos utilizados en la independencia como fuerza revolucionaria y legitimadora de la nueva orden. Asimismo, el principio de la separación de poderes, que en Europa no tuviera el mismo vigor, tuvo una importancia vital en la construcción del estado federal, especialmente porque el Poder Judicial se hiciera independiente y encargado de controlar los poderes políticos, algo que en Europa era impensable en la época, dada la histórica desconfianza en los jueces y la sacralización al principio de la soberanía parlamentaria.

<sup>41</sup> A propósito, indagara DUGUIT: “¿será preciso ir más lejos y decir que todo Estado que reconoce el principio de su subordinación al derecho, que reconoce que hay leyes que él no puede hacer, debe constituir, para respetar completamente este principio, una alta jurisdicción, que ofrezca todas las garantías posibles de independencia y de capacidad, a la que se reconozca competencia para anular las leyes contrarias al derecho, o según una fórmula menos general y menos exacta, que sea competente para apreciar la constitucionalidad de las leyes y para anular las leyes inconstitucionales?” (*Manual de derecho constitucional: teoría general del estado: el derecho y el estado: las libertades públicas: organización política*, trad. José G. Acuña, 2ª ed., Madrid: Francisco Beltrán, 1926, traducción de la 3ª ed. francesa, 1918). La historia iba responder que sí, pues la historia del derecho constitucional y especialmente la del control de legitimidad de las leyes es la historia del abuso del poder, dada la incontrolable tendencia humana de los gobernantes en subordinar el derecho a voluntad política y, incluso, por sus caprichos e intereses personales en detrimento del bien común.

<sup>42</sup> El que parece innegable es que Kelsen y todo el constitucionalismo se beneficiaría de la experiencia norteamericana –como lo demuestran algunos países europeos, v. g., Alemania en la época de la Constitución de Weimar y en Italia en los años de 1948 a 1956 hasta el funcionamiento de la Corte Constitucional, enseña CAPPELLETTI (ob. cit. pp. 71-72), los cuales introdujeron experiencias de control de las leyes basadas en el modelo difuso- y optó por un modelo no judicial exactamente por los riesgos que la actividad de control supondría en las manos de los jueces europeos, sobre los cuales recaía una generalizada desconfianza. La escogja cuanto al órgano de control siguió el mismo criterio político, es decir, mientras en norteamérica el poder judicial se impuso por la vía interpretativa, en Europa el Tribunal Constitucional fue la gran aportación racionalizada del modelo, aunque sean muy diversos los fundamentos teóricos de uno y de otro, u, más propiamente, las justificaciones presentadas.

segunda, quizá más de orden política mismo, residiría en la propia conveniencia de los constituyentes en no incluirlo explícitamente en el texto constitucional, ya que de hacerlo habría supuesto dificultades de aprobación. Esta última parece haber sido la más probable.

Para Dominique Rousseau, dada la circunstancia de que los Padres fundadores de la Constitución de 1787 habían se concentrado en la necesidad de consenso entre federalistas, antifederalistas, esclavistas y anti-esclavistas, en fin, las diversas fuerzas políticas vigentes en la época y, para asegurar ese objetivo trataron de redactar un texto constitucional – siempre elogiado por su calidad de síntesis y estabilidad<sup>43</sup> - en la medida estrictamente necesaria a inducir la creencia de que el documento constitucional, resultante de aquel pacto social, reflejara todas las posiciones políticas y planteamientos sufragados.

En efecto, conforme sostiene el autor, “la voluntad –compreensible- de llegar a un acuerdo suele imponerse en detrimento de la precisión constitucional. Así, la Constitución americana presenta una redacción particularmente elíptica sobre la cuestión del poder judicial. Se creó un Tribunal supremo. Pero nada dice el texto sobre su composición, el número de sus miembros, la duración de su mandato, así como sobre las autoridades habilitadas para nombrarlos. Tampoco precisa la naturaleza de los poderes del Tribunal. Aunque si establece el principio general de la superioridad del *corpus* federal – Constitución, leyes y tratados de la Federación - no determina cuál es el mecanismo que asegura su garantía y respecto. A quien corresponde decidir si una ley federal se ha elaborado de conformidad con la Constitución federal o si una Constitución o una ley federada es contraria a la Constitución federal, ¿Al Tribunal de cada Estado federado o al Tribunal supremo federal? ¿El Tribunal supremo federal tiene poder para imponer sus decisiones a los jueces de los Estados federados, para juzgar las leyes votadas por el Congreso? A todas estas cuestiones no responde la Constitución de los Estados Unidos. Los redactores no ‘se atrevieron a precisar claramente a quién correspondía ejercer el control de constitucionalidad’<sup>44</sup>.

Es en tal sentido que Acosta Sánchez sostiene que la *judicial review* se forma ‘en el silencio de los textos’, tomando cuerpo lentamente, en un primer período que llega hasta 1789 (año en que se constituye el Tribunal Supremo Federal), como mera práctica judicial dentro del *common law*; en un segundo período, de 1789 a 1861, impulsada por la construcción del Estado Federal y los conflictos en torno a la naturaleza de la Unión creada por la Constitución de 1787; en un tercer período, de 1865 hasta los años treinta de este siglo [XX], estableciéndose ya como sistema frente a todas las leyes, incluidas las federales, por efecto del desarrollo del capitalismo, las transformaciones del federalismo y ‘el problema de definir las relaciones del Estado con el nuevo orden industrial’; y en un cuarto período, comprendido entre 1954 y 1986, expansionándose en respuesta a ‘los nuevos desafíos de justicia social, igualdad y libertad personal’<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Si hoy las llamadas “constituciones sintéticas” son concebidas como una consecuencia natural de un pacto socio-político, permitiendo los cambios sociales y políticos, asegurando la estabilidad del sistema constitucional, la *judicial review*, como una “reserva de apertura pro futuro” vendría a ser el resultado de una apropiación pelo órgano encargado de garantizar la normatividad de la Constitución y permitir la mutación constitucional, aunque en las circunstancias del case *Marbury vs. Madison* quizá no se pudiera advertir las consecuencias históricas de aquella decisión paradigma, incluso porque se tratara de una cuestión muy determinada, cuya resolución por su fuerte color político-gubernamental, llamara la atención sobre el fondo del caso concreto.

<sup>44</sup> *La justicia constitucional en Europa*, Cuadernos y debates, CEC, Madrid, 2002, p. 8.

<sup>45</sup> ACOSTA SÁNCHEZ, José, ob. cit. p. 93.

Ahora bien, a pesar de la ausencia de previsión expresa del control de constitucionalidad de las leyes<sup>46</sup>, la idea de la *judicial review*, conforme se ha dicho, venía gestada en el pensamiento jurídico norteamericano, encontraba apoyo en el antecedente inglés del siglo XVII, el referido caso *Bonhan* y, a bien de la verdad, además, derivaba de la propia Constitución federal de 1787, cuyo Título VI, Sección 2, incluía la ya referida cláusula de supremacía que proclamaba la Constitución como el Derecho supremo de la tierra, declarando la vinculación directa de los jueces a ella “no obstante cualquier disposición contraria de las Constituciones o de las leyes de los estados miembros”. Es la doctrina de la supremacía constitucional que se expresa en la vinculación más fuerte: la Constitución vincula al juez más fuertemente que las leyes, las cuales solo pueden ser aplicadas si son conformes a la Constitución<sup>47</sup>.

Esta doctrina tenía amplia difusión entre los mayores autores nacionales. Tras la aprobación de la Constitución de los Estados Unidos, en 1787 en la Convención de Filadelfia, había la necesidad del texto ser ratificado y así es que Alexander Hamilton, John Jay e James Madison escribieron diversos ensayos sobre el documento, analizándolo so varios aspectos, defendiendo la aprobación de la Constitución, y los publicaron. En *The Federalist* Alexander Hamilton ya sentaba las bases del razonamiento que más tarde, en 1803, sería desarrollado por Marshal en el famoso *Marbury versus Madison*:

“La función de todos los jueces es la de interpretar las leyes a fin de aplicarlas a los casos concretos de vez en vez sometidos a su juzgamiento;

Una de las reglas más obvias de la interpretación de las leyes es aquella según la cual, cuando dos disposiciones legislativas estén en contradicción entre si, el juez debe aplicar la prevaleciente;

Tratándose de disposiciones de igual fuerza normativa, la prevaleciente será indicada por los usuales, tradicionales criterios *lex posterior derogat lex priori*, *lex specialis derogat lex generali*, etc.

Pero, evidentemente, estos criterios no valen mas – y vale, al contrario, en su lugar, el obvio criterio *lex superior derogat lex inferiori* – cuando la contradicción sea entre disposiciones de diversa fuerza normativa: la norma constitucional, cuando la Constitución sea rígida y no flexible, prevalece siempre sobre la norma ordinaria contrastante, del mismo modo cómo la ley ordinaria prevalece, en la Italia así como en la Francia, sobre el reglamento, o sea, en la terminología alemana, las *Gesetze* prevalece sobre las *Verordnungen*.

---

<sup>46</sup> En este sentido, parece muy apropiada la descripción que SIMON presenta de este proceso de lucha constitucional: “los mejores entre nuestros antepasados arrancaron en largos y dolorosos forcejeos a los titulares del poder estatal esta supremacía de la Constitución y de los derechos en ella consagrados. De ese modo decidieron la vieja tensión entre poder y Derecho. Tal decisión parece generalmente aceptable si y mientras el Derecho – y precisamente el Derecho Constitucional- sea concebido no como mera superestructura al servicio de la estabilización del *status quo* sino en su doble función: como pauta para una continua aproximación a la justicia y a la libertad y, a la vez, como protección contra la vulnerabilidad del individuo en una época de cambio. Presupuesto de aceptación es una Constitución que se apoye en un amplio consenso y que sea, simultáneamente, tan abierta que las más diversas fuerzas de la sociedad pluralista puedan sentirla como su propio hogar y que se disponga de márgenes para una política orientada al futuro” (SIMON, Helmut, *La jurisdicción constitucional*, en *Manual de derecho constitucional*, seg. ed., BENDA, MAIHOFFER et al, Antonio LÓPEZ PINA (ed. y trad.), Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 846).

<sup>47</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., ob. cit. p. 54.

Luego, se concluye que cualquier juez, encontrándose en el deber de decidir un caso en el que sea relevante una norma legislativa ordinaria contrastante con la norma Constitucional, debe no aplicar la primera y aplicar, al revés, la segunda” 48.

La afirmación de la súper legalidad de la Constitución se dirigía más claramente en aquella doctrina en relación con el legislativo<sup>49</sup>, cuando el autor exponía que ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido y que negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al propio pueblo y que los hombres que trabajan en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo el que estos no permiten, como, incluso, el que prohíben<sup>50</sup>.

Parece cierto que la Suprema Corte, ya en 1780 en el *case Holmes versus Walton*, de New Jersey, estableciera por evidencias circunstanciales, que una ley era nula en caso de ser contraria a la Constitución del estado, y, en relación al control de constitucionalidad de leyes federales, conforme Pollak, “previamente a la decisión de *Marbury v. Madison* hubo, en resumen, una suposición mucho difundida de que la constitucionalidad de la legislación era una cuestión judicial. La suposición fue hasta mismo articulada por el *Justice Iredell*, un miembro de la Suprema Corte, en un caso decidido en 1789: ‘Se cualquiera acto del Congreso, o de la legislatura de un estado, violar... proveimientos constitucionales, ella es incuestionablemente invalida; no obstante, yo admito que como la autoridad para declararlo invalido es de una naturaleza delicada y terrible, la corte nunca irá servirse de aquella autoridad, sino en un caso claro y urgente’. Además, en este caso específico, *Justice Chase* declinó de ofrecer una opinión, en este momento, si esta corte tiene jurisdicción para decidir que cualquiera ley elaborada por el Congreso, contraria a la Constitución de los Estados Unidos, es invalida”<sup>51</sup>.

En efecto, en 1795, el Tribunal Supremo vendría ofrecer los fundamentos por los que situaba el poder legislativo bajo el techo constitucional, asentando la diferencia entre el sistema inglés y el americano sobre la base de que en aquél “la autoridad del Parlamento es trascendente y no tiene límites”, no tiene Constitución escrita ni *fundamental law* que limite el ejercicio del poder legislativo. En contraste, en América la situación es radicalmente diferente; la Constitución es cierta y fija; contiene la voluntad permanente del pueblo y es el Derecho supremo de la tierra; es superior al poder legislativo<sup>52</sup>”.

---

<sup>48</sup> *The Federalist*, vol. II, n° LXXVIII, p. 294, New York, 1788, *apud* Charles L. BLACK, Jr. *The people and Court, Judicial Review in a democracy*, New York, Macmillan, 1960, pp. 158, 229, cfr. CAPPELLETTI, Mauro, *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 2ª ed., Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1999, p.75.

<sup>49</sup> La primera enmienda a la Constitución de 1787, aprobada en el primero Congreso en 1789, en que se introdujo el llamado *Bill of Rights* del pueblo norteamericano, se estableció una limitación expresa al poder legislativo: “El Congreso no podrá hacer ninguna ley que tenga por objeto establecer una religión o prohibir su libre ejercicio, limitar la libertad de la palabra o de prensa o el derecho de reunirse pacíficamente y presentar peticiones al Gobierno” (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 54).

<sup>50</sup> *Apud* VELOSO, Zeno, *Controle jurisdiccional de constitucionalidade*, Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p.38. Y Ruy Barbosa, el jurista brasileño que más estudiara el derecho constitucional norteamericano, sobre el tema disertara: “A Constituição sobrepõe-se à entidade central, às componentes, aos indivíduos e a todos os órgãos do Estado. A subordinação é que é igual. Todos são igualmente subordinados à Constituição. No momento em que o guarda da Constituição decide, é o povo mesmo que se pronuncia”. (ídem).

<sup>51</sup> TAVARES, André Ramos, *Teoria da Constituição*, Saraiva, São Paulo, 2005, pp. 116-117.

<sup>52</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., ob. cit. p. 54.



Así que, considerados referidos precedentes doctrinarios y jurisprudenciales, quizá pueda dudarse de la frecuente afirmación de que el control de constitucionalidad de las leyes hubiera resultado en una apropiación o usurpación por el poder judicial norteamericano. Antes de apresurarse respuesta a esa cuestión sólo a través de un análisis técnico jurídico de la sentencia de Marshal, convendría buscar explicaciones en el modelo de Estado Constitucional que se estaba fundando, por supuesto estructuralmente diverso de las concepciones estatales vigentes en Europa y en la propia idea de derecho que ahí se tenía. Y, quizá se podría concluir que los llamados Padres de la Constitución no tendrían motivos para declarar en el texto algo que veían como una consecuencia lógica de la certeza de que todas las reglas generales de organización y de conducta de los gobernantes y de los administradores estaban perfectamente delineadas en el texto de la Constitución, de la que la propia fuerza de la *common law* derivaba su autoridad y, por ende, que el derecho habría de seguir siendo un derecho de composición judicial.

Frente a afirmaciones de usurpación por el poder judicial, diversos autores lo niegan, entendiendo que el control estaba presente en la intención de la mayoría de los constituyentes, ya que de los 55 congresistas habían 25 activos de los cuales 17 se pronunciaron a favor del control<sup>53</sup>, porque esa función de controlar el orden jurídico por interpretación aplicativa de las leyes, la constitucional y las infra-constitucionales sólo podría ser ejercida por el poder judicial ordinario en aquel tipo de organización política en que el poder naciera dividido y equilibrado vertical y horizontalmente en el propio texto de una Constitución que se quiso rígida.

De todo modo la doctrina de la supremacía normativa de la Constitución instrumentalizaría el principio de la *judicial review*, que vendría a ser el elemento de cierre de toda aquella teoría coronando la idea todavía no suficientemente explicitada de que el poder judicial era el competente para controlar y anular los actos del parlamento<sup>54</sup>, como guardia y interprete supremo de la voluntad permanente del pueblo inscrita en la Norma Fundamental.

El significado de la sentencia Marshal fue trascendente en la medida que opera “una profunda transformación en el eje principal del Estado” desplazando al judiciario la responsabilidad por la manutención de los postulados centrales del Estado Constitucional con todas las consecuencias que de él derivaba<sup>55</sup>, en un proceso de fiscalización permanente de la política por el derecho.

---

<sup>53</sup> “Charles BEARD niega esa usurpación y, en la falta de dispositivo constitucional, procura establecer la filiación entre el raciocinio inferido y el pensamiento secreto, íntimo, del constituyente, tornando la interpretación de Marshal de acuerdo con la intención de la mayoría de los autores de la Constitución... (...) Razones de otra orden, de esas que se sitúan en terreno flexible de la oportunidad y de la conveniencia, han impedido la incorporación, al texto constitucional, aquella convicción”. (HORTA, Raúl Machado, *O controle de constitucionalidade das leis no regime parlamentar*, edición de la facultad, 1953, *apud* COELHO, Sacha Calmon Navarro, *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar*, 3ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 1999, p.75.

<sup>54</sup> Efectivamente, la Constitución preveía, en el artículo III, sección 1, que “El poder judicial de los Estados Unidos es investido en una Suprema Corte y en los tribunales inferiores que fueren oportunamente establecidos por determinaciones del Congreso...” y, en la sección 2, que “la competencia del Poder Judicial se extenderá a todos los casos de aplicación de la ley e de la Equidad ocurridos bajo la presente Constitución, las leyes de los Estados Unidos y los tratados concluidos o que se concluirán bajo su autoridad...” Y se tratando de “un caso” en que se pretendía la aplicación de una ley, parece cierto que el Tribunal Supremo disponía de competencia para la materia. Ya la anulación de la ley vendría derivada de la exigencia de su conformación al texto constitucional, como consecuencia de la supremacía constitucional.

<sup>55</sup> TAVARES, André Ramos, ob. cit. p. 120.

#### 4) El caso *Marbury versus Madison*

Si aceptamos la tesis de la usurpación de poder, por el hecho de la Constitución no prever el control, ¿había incidido una vez más la máxima histórica de que ‘el poder no tolera vacíos?’. ¿Lo que los constituyentes no explicitaron en 1787, tendría hecho John Marshal en 1803? Veamos el caso.

Entonces Presidente del Tribunal Supremo, federalista convencido, nombrado a su vez por un Presidente de los EEUU también federalista – John Adams-, Marshal se enfrentó al siguiente problema: tras la victoria del anti-federalista Jefferson en 1800, Adams aprovechó los últimos momentos de su presidencia para nombrar en los puestos de jueces inamovibles a hombres bien conocidos por sus convicciones federalistas; fue tal la precipitación de la decisión de nominar a William Marbury que el nombramiento no tuvo tiempo de llegar a su destinatario. El nuevo ministro de Jefferson, Madison, se negó a dar curso a esta decisión y Marbury se dirigió entonces al Tribunal Supremo solicitándole el *writ of mandamus* que obligara a la administración a permitirle ocupar su puesto, tal y como se preveía en la ley judicial de 1789.

El contexto político antecedente es particularmente interesante y vale recordarlo. Antes de las elecciones de 1800, en donde se produjo la derrota del Partido Federalista, dando paso al Partido Republicano, y anticipando su derrota electoral, los federalistas pretendieron minimizar las consecuencias de perder el poder. Así, muy a última hora nombraron a algunos jueces que les permitiesen controlar el poder judicial (los llamados jueces de medianoche). En los últimos días de la Administración del Presidente Adams se nombró, entre otros, William Marbury, banquero y gran terrateniente, como Juez de Paz del distrito de Columbia, y su nominación fue confirmada por el Senado. También se nombró a otras personas (Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe y William Harper) que luego pleitearían con él. No obstante, se produjo un error o un descuido en la notificación de los nombramientos, y a algunos de los nuevos jueces la Administración que los nombró, antes de dejar el poder, no les expidió su credencial. De modo que, ya bajo la Presidencia de Jefferson, Marbury y los demás que no lo recibieron exigieron al nuevo Secretario de Estado Madison que les entregase los nombramientos. Éste hizo caso omiso, y ante ello Marbury recorrió directamente al Tribunal Supremo<sup>56</sup>.

El dato colateral y curioso es el relativo a la propia investidura de Marshal como juez del Tribunal Supremo: él, que fuera Secretario de Estado del Presidente Adams y era primo lejano de Tomas Jefferson, su adversario político, pertenecía al bando federalista y su partido, los federalistas de Adams y Hamilton, perdió las elecciones de 1800 y, en los últimos días de mandato de Adams, siendo ya este Presidente en funciones, fue designado *Chief Justice*. Su nombramiento ha resultado de dos coincidencias: en diciembre de 1800 el *Chief Justice* Elsworth enfermó súbitamente y renunció; el Presidente Adams ofreció el cargo a John Jay, que ya había sido juez del Tribunal Supremo entre 1789 y 1795. Pese a ser confirmado por el Senado, Jay no llegó a tomar posesión, retirándose de la vida pública. En el ínterin los republicanos de Jefferson ganaron las elecciones, y Adams, ya en funciones, se apresuró a nombrar a unas cinco decenas de jueces partidarios suyos. Mediante la *Judiciary Act* aprobada el 13 de febrero de 1801 (cuando los republicanos o jeffersonianos ya habían ganado las elecciones y Jefferson aún no había tomado posesión) los federalistas habían creado los Tribunales de Circuito y otros órganos jurisdiccionales, y los puestos fueron inmediatamente cubiertos con partidarios del cesante Adams. Estaba vacante el cargo de *Chief Justice* y cuando todos daban por

---

<sup>56</sup> BELTRAN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CEC, Madrid, 2005, p. 88.

nombrado a William Paterson, que ya era juez del Tribunal Supremo, el Presidente Adams lo descartó. Así que nombró a Marshal, su Secretario de Estado, un día antes de dejar la presidencia: nombró a Marshal el 20 de enero, el Senado le votó el 27 de enero, juró su cargo el 4 de febrero y el 4 de marzo se hizo cargo del Gobierno el Presidente electo Thomas Jefferson<sup>57</sup>.

Pero, volviendo al caso concreto, ante esta situación, que enfrentaba directamente al nuevo Presidente y al Tribunal Supremo, John Marshal se encontraba con dos soluciones igualmente arriesgadas: denegar la petición de Marbury o estimarla ordenando al Secretario del Estado que expidiese el documento necesario o lo supliendo. La primera solución habría dado entender que el Tribunal había actuado con miedo, y habría socavado su prestigio (y acaso de la joven democracia americana, pues en la práctica equivaldría a permitir a los nuevos gobernantes incumplir obligaciones contraídas por los anteriores), y la segunda era muy arriesgada y de muy difícil ejecución, pues el nuevo gobierno había dado a entender que no se sentía vinculado por unos nombramientos que consideraba ilegales, y además el Tribunal carecía de medios coercitivos o de ejecución propios.

La decisión adoptada, que para unos ha sido producto de “sentido del Estado” de Marshal, para otros una solución particularmente hábil y astuta, será el resultado de una composición verdaderamente salomónica, una salida por la tangente, a punto de Christopher Edley haber dicho que “Marbury fue una auto-restricción del Tribunal Supremo: ‘Se afirma el poder de declarar la inconstitucionalidad de las leyes con objeto de poder estimarse desprovisto de jurisdicción para dar una solución a la controversia planteada’”<sup>58</sup>.

En su decisión declara que la ley de 1789 –la *Judiciary Act*- que otorga al Tribunal supremo el derecho de imponer el nombramiento de los jueces federales es contraria a la Constitución y en consecuencia no corresponde al Tribunal supremo examinar la demanda de Marbury. Este, sin embargo, conserva la posibilidad de demandar al Ministro ante otro tribunal con objeto de obtener la pertinente reparación. Verdadera obra maestra de estrategia constitucional, esta decisión posee naturaleza política en cuanto el Tribunal cede hábilmente sobre lo que le importa al Presidente Jefferson – el federalista Marbury no obtiene su nominación - pero, estableciendo al mismo tiempo el principio del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, cuestión a la que los jeffersonistas prestaron poca atención satisfechos, como estaban, de haber ganado el caso. Lo importante para la administración presidencial fue que no se atribuyera el puesto al juez Marbury; lo

---

<sup>57</sup> Efectivamente, conforme apuntan Miguel BELTRÁN DE FELIPE y Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, “ante el asunto Marbury, la posición del *Chief Justice* Marshal era peculiar: pariente lejano del nuevo Presidente, él mismo había sido prácticamente un “juez de medianoche”, era partidario declarado de los federalistas (fue, como hemos visto, Secretario de Estado), e incluso es muy posible que un descuido suyo o de su personal fuese la causa de que, en la precipitación de los últimos días del Gobierno federalista de Adams, no se expidiese el nombramiento al Sr. Marbury. Hoy probablemente se diría que estaría “contaminado” y se le obligaría a abstenerse” (*Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, CEC, Madrid, 2005, pp-88-90).

<sup>58</sup> *Derecho administrativo. Reconocer el control judicial de la Administración*, INAP, Madrid, 1994, p. 39, *apud* Miguel BELTRAN DE FELIPE y Julio V. GONZÁLES GARCÍA, *ob.cit.* p. 91. Otros autores consideran haber sido una usurpación de poderes (cfr. BEARD, Charles A., *A suprema corte e a Constituição*. introd. e bibliografía: Alan F. Westin. Trad.: Paulo Moreira da Silva, Rio de Janeiro, Forense, 1965) y para GARCÍA DE ENTERRÍA (*La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Civitas, Madrid, 1983, p. 127) una función auto atribuida, *apud* TAVARES, André Ramos, *Teoría da Constituição*, Saraiva, 2005, p. 120.

esencial para el Tribunal fue el establecimiento del principio del control...cuya lógica consistía en reforzar el poder federal.

Abstrayendo los aspectos políticos ya subrayados<sup>59</sup>, aquella resolución, aunque envolviese una cuestión sencilla del punto de vista jurídico –dada la circunstancia de que, al fin y al cabo, se trataba de reconocer o no la competencia de la Corte para el *writ of mandamus* - fue importante especialmente por fijar con mucha precisión la vinculación de todos los poderes al poder normativo de la Constitución como fuente suprema del Derecho, especialmente el legislativo, y la clara distinción entre actos de naturaleza política, no pasibles de control judicial, y actos jurídicos de la Administración Pública plenamente controlables<sup>60</sup>.

Su importancia es reconocida también por haber sido la primera sentencia a declarar la inconstitucionalidad de una ley federal, puesto que antes, entre los años de 1774 y 1803, cerca de una veintena de leyes de los estados ya habían sido anuladas por el Tribunal Supremo por inconstitucionalidad<sup>61</sup>.

Esta es la síntesis del razonamiento esquemático de la sentencia:

“Sin ningún género de duda, la función y la responsabilidad del poder judicial consiste en determinar qué es y cual es el derecho. Aquellos que aplican el derecho a los casos particulares deben por necesidad explicar y interpretar las normas. Si dos normas entran en conflicto, los Tribunales deben decidir cuál es la aplicable al caso.

De este modo, si una ley está en contradicción con la Constitución, y si ambas, la ley y la Constitución se aplicaran a un caso particular, entonces el Tribunal debiera decidir este caso de conformidad con la ley, rechazando la Constitución, o de conformidad con la Constitución, rechazando la ley. El Tribunal debe determinar cuál de las dos normas en conflicto rige el caso. Éste es el verdadero sentido de la función judicial.

---

<sup>59</sup> No nos parece censurable la sentencia tan sólo por el resultado (negativo, puesto que se ha declarado la ley inconstitucional para negar la pretensión); al contrario, su juridicidad asienta precisamente en ello, es decir, al proclamar la superioridad de la norma constitucional frente a una ley que le confería una competencia inválida, el Tribunal dio un ejemplo muy simbólico de lo significado de la competencia como poderes-deberes, ya que, en términos de competencia originaria fijada por la propia Carta, o se tiene o no se tiene. No hay medio término. Lo que podría objetarse es que Marshall, para justificar su opción por salida menos arriesgada, procede el análisis sobre el propio fondo de la cuestión, es decir, reconoce que Marbury tiene derecho al nombramiento, aunque ello no fuese necesario, puesto que, según concluyera, el Tribunal no tendría competencia constitucional para conceder el pedido. Pero, en verdad, ni esa aparente estrategia, con la cual se salvaba el derecho individual y solucionaba el conflicto inmediato al tiempo que lo decisivo vendría a ser la doctrina subyacente, podría sostenerse. Es que, bien vistas las cosas, el tribunal posea competencia para conocer el caso conforme la ley de 1789, pero en virtud de que ésta le adscribía una competencia de expedir el mandado, contrariamente al determinado en las reglas de competencia originaria fijadas por la propia Constitución, tuvo que rechazar la pretensión que era legítima en el foro competente.

<sup>60</sup> “...saber si un acto del Gobierno o de un Ministerio puede ser enjuiciado por un Tribunal depende de la naturaleza del acto de que se trate...La Constitución de los Estados Unidos confiere al Presidente ciertos poderes políticos importantes, en ejercicio de los cuales puede utilizar su propia discrecionalidad, respondiendo ante su país únicamente desde el punto de vista político y, asimismo ante su conciencia...Y, al margen de la idea que cada cual tenga sobre cómo han sido ejercidos estos poderes discrecionales, lo cierto es que no están sometidos a ningún tipo de control. Las materias sobre las que versan son de naturaleza política. Son poderes que conciernen a la nación, no a los derechos individuales, y desde el momento en que están confiados al Gobierno, la decisión que adopten es definitiva...Pero cuando la ley impone a dicho funcionario otras obligaciones, cuando debe llevar a cabo ciertos actos, cuando los derechos de los individuos dependen de la ejecución de tales actos, este funcionario no es más que un instrumento del Derecho, es jurídicamente responsable de su conducta y no puede menoscabar o ignorar los derechos adquiridos de terceros”. Sentencia *case Marbury vs. Madison*, cfr. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLES GARCÍA, Julio V., ob. cit. pp. 105-106).

<sup>61</sup> Ídem, p. 91.

Si los Tribunales deben tomar en consideración la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier ley ordinaria que haya aprobado el poder legislativo, será entonces la Constitución y no la referida ley la que resolverá la controversia a la cual las dos podrían en principio aplicarse.

Quienes niegan el principio de que los Tribunales deben considerar la Constitución como derecho superior, deben entonces admitir que los Tribunales deben cerrar sus ojos a la Constitución y regirse sólo por las leyes.

Esta idea alteraría los fundamentos básicos de todas las Constituciones escritas. Supondría que una ley por completo nula según los principios y la teoría de nuestro sistema de gobierno sería en realidad del todo obligatoria. Supondría declarar que si el legislativo hace aquello que está expresamente prohibido, dicha ley, a pesar de la prohibición expresa, desplegaría plenamente su eficacia y efectos. Supondría también otorgarle al legislativo una omnipotencia casi absoluta, a pesar de que se dice que sus poderes están limitados. Se estarían estableciendo límites y, al mismo tiempo se estaría declarando que dichos límites pueden ser sobrepasados a voluntad del sujeto limitado...”

“El poder judicial de los Estados Unidos se extiende a todos los casos en los que se diluciden cuestiones regidas por la Constitución.

¿Podría plantearse que los constituyentes quisieron decir que, al ejercer este poder, los jueces no deberían utilizar la Constitución? ¿Podría admitirse que un caso surgido bajo el imperio de la Constitución podría ser resuelto sin examinar ni aplicar la norma bajo la cual ha nacido?

Esta idea es demasiado extravagante para poder ser defendida...”

“No es ocioso recordar que con la declaración de cuál va a ser la ley suprema del país, la Constitución se menciona en primer lugar, y no la ley de los Estados Unidos de forma general y abstracta: éstas sólo tienen tal consideración si son compatibles con lo dispuesto en la Constitución.

Por ello, la terminología particular de la Constitución confirma y refuerza el principio, que supone ser esencial y común a todas las Constituciones escritas, conforme al cual una ley contraria a la Constitución es nula, y que los Tribunales, al igual que los demás poderes, están sometidos a la Constitución.

Se rechaza la pretensión del recurrente”.

Trasluce con nitidez la impronta de Hamilton en el raciocinio de Marshal, pese la falta de cualquier referencia a su doctrina ya conocida a la época. El razonamiento se organiza en torno de la idea central de que el parlamento, como todos los otros poderes, se subordina a las reglas de distribución de competencia y que el poder específico de la Corte Suprema consiste en garantizar que todos permanezcan en los límites que la constitución les asigna, una visión tributaria de la concepción rigurosa del principio de la separación de poderes con el mecanismo del *checks and balances*. De esta manera, tres notas sobresalen de la decisión: 1) el poder normativo y la supremacía de la Constitución; 2) la aplicabilidad directa del texto constitucional por todos los jueces y tribunales y; 3) la posición del Tribunal Supremo como el guardia y el máximo interprete de la Constitución.

Pero, el significado político de la sentencia, quizá el más relevante y poco explorado por la doctrina – que la historia vendría confirmar, sobretodo en nuestros días– es el hecho de que se impedía el Congreso de controlar, por medio de su actividad legislativa ordinaria, las atribuciones de la Suprema Corte, puesto que, admitiendo que el legislativo pudiera crear, aunque por ley, una competencia no otorgada o prevista en la

Constitución implicaría aceptar futura exclusión o restricción de competencia por medio de simple ley ordinaria y, incluso, en la propia posibilidad de que el Congreso pudiera anular una interpretación del Tribunal Supremo, considerando constitucional una ley antes declarada inconstitucional. Así se asentara el fundamental principio de que las competencias originarias<sup>62</sup> de un Tribunal Constitucional, estructurales en un Estado Federal regido por la separación de poderes horizontales y verticales, cuando expresos en el texto de la propia Constitución<sup>63</sup> están sustraídos de la actividad parlamentaria ordinaria que, por la misma razón, no puede introducir nuevas competencias a la Suprema Corte.

En que pese la importancia y el significado histórico que esa decisión tendría para la teoría y la práctica del derecho constitucional, lo cierto es que el Tribunal Supremo tardó cincuenta y cuatro años en volver a anular una ley del Congreso, en *Scott vs. Sanford*, en 1857, sentencia esta que, entre otras cosas, desencadenara la guerra civil norteamericana, que supuso un gran golpe al prestigio de aquella Corte<sup>64</sup>.

### 5) Características de la *Judicial Review*

En la descripción de las características del modelo de control de constitucionalidad norteamericano la doctrina suele presentar variables que van en par, en una serie de binomios contrapuestos con el objeto de contrastar los dos grandes modelos: el norteamericano y el llamado modelo Europeo, el primero de tipo judicial o difuso y el segundo de tipo autónomo o concentrado.

---

<sup>62</sup> Es ilustrativa el siguiente pasaje de la sentencia: “El fundamento sobre el que se ha construido el sistema americano es el derecho originario del pueblo a establecer, para su gobierno futuro, aquellos principios que considere más adecuados para obtener la felicidad... Esta voluntad original y suprema organiza el Gobierno y atribuye a los diferentes poderes y departamentos sus competencias respectivas... ¿Qué sentido tiene que los poderes estén limitados y que los límites estén escritos, si aquellos a los que se pretende limitar pudiesen saltarse tales límites?... Está fuera de toda duda que o la Constitución se impone a cualquier ley que la contradiga o, por el contrario el legislativo puede modificar la Constitución a través de una ley cualquiera”. (cfr. sentencia *Marbury versus Madison*, BELTRAN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLES GARCÍA, Julio V., ob.cit. p. 111). La afirmación que hemos hecho en el texto deriva de la conclusión de Marshall en el sentido de que “toda ley contraria a la Constitución es nula”; la finalidad de la competencia originaria atribuida al Tribunal Supremo por la Constitución es la de fiscalizar el regular ejercicio de las competencias constitucionales de todos los poderes y, por tanto, que el Congreso no tiene competencia para alterar el que la propia Constitución estableció, sea para aumentar o disminuir atribuciones de los otros poderes.

<sup>63</sup> El Supremo Tribunal Federal brasileño, en el enjuiciamiento de la ADI 2797, en 15.09.2005, al declarar inconstitucional la ley 10.628/2004, que reintrodujera el foro especial por prerrogativa de función a favor de agentes públicos ante aquella Corte, por improbidad administrativa y delitos común practicados en el ejercicio de la función aunque tras salir el agente del cargo, siguiera precisamente esa orientación, considerando que el Congreso Nacional no tiene poder de crear, por medio de ley ordinaria, hipótesis de competencia originaria del STF, considerando que tal materia está tratada de manera exhaustiva por la Constitución. En este caso, conforme el Ministro Relator Sepúlveda Pertence, se trataba de una reacción del Congreso Nacional contra la interpretación anteriormente fijada por la Corte al revocar la Súmula 384-STF – cuyo sentido abandonado la ley reintrodujera-. Entre otros fundamentos, se consideró que la ley impugnada pretendiera cambiar la interpretación del STF, hecho que representaría, al fin y al cabo, una especie de interpretación auténtica por el legislador ordinario con invasión de la función constitucional del máximo interprete de la Carta (cfr. noticias, site: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), juzgamiento de 15.09.2005).

<sup>64</sup> BELTRAN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLES GARCÍA, Julio, ob. cit. p. 63. La referida sentencia, una de las más famosas de la historia constitucional americana, clasificada de “vergonzosa”, nefasta”, “un desastre moral”, decidió que el Congreso se había excedido en sus atribuciones al abolir la esclavitud en algunos Estados mediante el Pacto de Missouri, porque había privado al dueño de su propiedad sin el proceso debido en derecho. La esclavitud sería abolida en 1865, al ratificarse la 13ª enmienda tras finalizar la guerra civil (ídem, p. 139 y ss.).

Constituye una marca original, en el cuadro de modelos de control de constitucionalidad, el tipo ‘difuso’. La referencia indica el aspecto subjetivo o el órgano de control competente para conocer de la constitucionalidad de las leyes, que en aquello sistema jurídico no se adscribe a ningún órgano específico, ya que todos los jueces y tribunales, federales o de los estados son dotados de idéntica competencia para este mister.

Del término difuso se desprenden dos otras características típicas de este sistema relacionadas: al modo de ejercerse el control y con los legitimados para la acción procesal. Con relación al aspecto ‘modal’, el control es incidente, es decir, nace y se desarrolla en el seno de un proceso judicial y, con relación al aspecto de la legitimidad, sólo puede proponerlo quien es parte en una controversia concreta, tanto el demandante, cuanto el demandado en un litigio. La cuestión constitucional no es objeto principal, pero se presenta como una cuestión que ha de ser lógicamente deslindada para la solución del litigio.

La cuestión constitucional incidente puede ser argüida en proceso común, civil, penal o de otra naturaleza, y sólo en la medida en que la ley, cuya constitucionalidad se discute, sea relevante para la decisión del caso concreto. Debe entenderse, además, que esas cuestiones no dan lugar a procedimientos constitucionales específicos. Con todo, es admisible que ciertas autoridades federales o estatales, puedan intervenir en el proceso, en la condición de terceros interesados, el llamado *amicus curiae brief*, dirigiendo al tribunal escritos manifestando su opinión sobre la cuestión.

Desde el caso *Marbury versus Madison* se entiende que el control de constitucionalidad es un juicio sobre el conflicto entre disposiciones legales y la Constitución, que la Corte es obligada a evaluar para solucionar un caso o una controversia<sup>65</sup>. Por ello, cuando el Tribunal declara la superioridad de la Constitución sobre la legislación ordinaria no atenta contra la autoridad del poder legislativo, sino que lo hace en atención de su obligación jurisdiccional de definir los derechos y obligaciones hacia las partes del proceso.

El control de constitucionalidad norteamericano es especial en el sentido de que la declaración de inconstitucionalidad conduce tan solo a negar la aplicación de la ley al caso concreto. Y declarativo porque el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como declaración de certeza retroactiva de una ‘nulidad’ preexistente y, por tanto, con efectos *ex tunc*.

Ahora bien, el hecho de tratarse de una jurisdicción difusa, por la que todos los órganos judiciales pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes con ocasión de los litigios suscitados ante ellos, sin embargo, como veremos adelante, no da lugar a una jurisprudencia dispersa o contradictoria, pues la fuerza vinculante del precedente actúa como correctivo del sistema.

---

<sup>65</sup> En este punto cabe recordar que la primera de las cuestiones que Marshal plantea en aquél caso es: “¿Tiene el demandante derecho a que se reexponga el nombramiento que reclama?” Y todo el razonamiento posterior gira en derredor de esta cuestión principal. Tras demostrar exhaustivamente que era derecho del recurrente el nombramiento, el Tribunal se deparó con el problema del conflicto entre la Ley de 1789 – la *Judiciary Act* – que atribuía competencia al Tribunal Supremo para imponer el nombramiento de los jueces federales mientras la Constitución, en su Art. III, de la sección 2ª, según el Tribunal, no preveía tal tipo de atribución. Dice el Tribunal: “Sin ningún género de duda, la función y la responsabilidad del poder judicial consiste en determinar qué es y cuáles el derecho. Aquellos que aplican el Derecho a los casos particulares deben por necesidad explicar e interpretar las normas. Si dos normas entran en conflicto, los Tribunales deben decidir cuál es la aplicable al caso”. Y la conclusión, como se sabe, fue en el sentido de que la ley era contraria a la Constitución, por vulnerar el ámbito de competencias que ésta atribuía a la Corte suprema. Al dar prevalencia a la Constitución, la Corte rechazó la pretensión del demandante.

De hecho, la eventual divergencia que puede surgir cuanto a la constitucionalidad de una determinada ley, gracias al sistema de impugnaciones, podrá acabar decidida por los órganos superiores y, en particular, por el Tribunal Supremo, cuya decisión será, de aquel momento en adelante, vinculatoria para todos los órganos jurisdiccionales. En otras palabras, el principio *stare decisis* opera de modo que el juzgamiento de inconstitucionalidad de la ley acaba, indirectamente, asumiendo verdadera eficacia *erga omnes* no se limitando al puro y simple efecto de la no aplicación de la ley a un caso concreto. Conforme dice Cappelletti, “una vez no aplicada por la *Suprema Court* por inconstitucionalidad, una ley americana, aunque permanezca *in the books*, es tornada *dead law*, una ley muerta”<sup>66</sup>.

Frente a ésta afirmación, debe observarse desde luego que, mientras en los sistemas europeos la inconstitucionalidad de la norma conlleva a su invalidez o nulidad y, por tanto, resulta la expulsión definitiva de la norma del ordenamiento jurídico, en el sistema norteamericano la relación que existe entre la norma constitucional y la regla legal inaplicada es una relación dinámica que se realiza tan sólo en la perspectiva de la eficacia. Conforme enseña Ana Laura Magaloni Kerpel:

“...cuando un juez decide que la Constitución o la doctrina constitucional establecen las premisas normativas a partir de las cuales elaborará la regla de decisión, sólo está determinando cuál ha de ser la norma *eficaz* para resolver la disputa que tiene enfrente. La superioridad normativa de la Constitución hace que su aplicación deba prevalecer frente a las normas inferiores en conflicto. Por tanto, lo que está en juego cuando un tribunal controla la constitucionalidad de las normas inferiores no es la *validez* de dichas normas, sino su *eficacia* para resolver el asunto planteado. Cuando se atiende a la eficacia, el hecho de preferir una norma frente a otra no significa que la norma desplazada sea nula o inválida, sino que sencillamente no se aplica”.

Prosigue la autora:

“La Constitución, si bien es concebida como la norma más alta del sistema, es, a fin de cuentas, una norma más. Como tal, cualquier juez, en cualquier tipo de controversia, puede buscar en sus preceptos las pautas para decidir el asunto que tiene enfrente, siempre que alguna de las partes argumente que el ‘mejor derecho’ para resolver la disputa tiene que buscarse en la norma fundamental y que, además, el juez no encuentre otra solución que, sin violar la Constitución, sirva para resolver la cuestión de derecho que el litigio plantea. En este sentido, la naturaleza de la función jurisdiccional y el proceso de control constitucional formalmente no se diferencia de otros tipos de procesos: los tribunales que desempeñan la tarea de proveer reglas generales deciden qué normas han de ser eficaces para crear el derecho del caso y dicha regla de decisión tiene efectos generales por el carácter de precedente de la sentencia... Las similitudes o diferencias entre casos y, por tanto, la fuerza normativa de un precedente constitucional, no se determina con

---

<sup>66</sup> CAPPELLETTI, Mauro, ob. cit. p. 83. Este efecto, que en la práctica significa la anulación de la propia ley inconstitucional, dada la vinculación obligatoria de todos los jueces y tribunales a la decisión de la *Suprema Court*, no es exacta, como veremos en seguida y, desde luego, no es predicable de la decisión del Supremo Tribunal Federal brasileño en sede de recurso extraordinario interpuesto en la vía del control difuso, en la que se tiene sólo efectos *inter partes*. Dada la exigencia constitucional contenida en el Art. 52, X, CF según el cual, declarada la inconstitucionalidad de la ley por decisión definitiva del Supremo Tribunal, sólo tras la intervención del Senado Federal la ley será suspendida del ordenamiento jurídico, medida que no tiene operatividad práctica, siendo raros los pronunciamientos de aquel órgano político. Veremos en su momento la divergencia de opinión doctrinaria sobre la naturaleza del pronunciamiento del Senado en correlación con los efectos de la sentencia del STF. Pero, desde luego se deja constancia de que referido precepto es una imposición derivada de la falta, entre nosotros, del mecanismo del *stare decisis*.



relación a la norma inferior inaplicada, sino a partir de los hechos que dieron origen a la controversia constitucional”<sup>67</sup>.

Esta notable diferencia cuanto a la naturaleza de la declaración de inconstitucionalidad explica la concepción de que “son los hechos que activan el proceso jurisdiccional” y que el derecho, sea el común, sea el legislado, es el resultado de la regla de creación judicial. Cobra sentido pleno la noción de que el control de constitucionalidad sigue siendo esencialmente un proceso de “caso” o “controversias” reales<sup>68</sup>. Así, una sentencia constitucional viene a establecer que ante determinados hechos la norma fundamental es la que ha de ser eficaz frente otras posibles soluciones normativas. Las reglas que integran el *case law*, sean constitucionales o de cualquier otro tipo, se transforman a partir de su interacción con la realidad social. En circunstancias extremas los precedentes constitucionales se revocan y, por tanto, la ley inaplicada puede recobrar, sin más, su eficacia<sup>69</sup>.

En estrecha conexión con el modo difuso y la propia naturaleza de la declaración de inconstitucionalidad en el sistema de la *Judicial Review* está la categoría jurídica del *stare decisis*. Examinar como se forman, se revocan o se rectifican los precedentes constitucionales en aquél sistema de control de constitucionalidad parece esencial en este estudio. Es el tema del prójimo apartado.

### 5.1) La importancia del sistema de *stare decisis*: el mecanismo de cierre del sistema de control difuso

El sistema jurídico norteamericano, que es esencialmente un derecho de configuración jurisprudencial, resultado de una lenta e histórica justicia casuística nacida y todavía vigente en el Derecho inglés<sup>70</sup>, se asienta en una premisa básica: la idea de que el

---

<sup>67</sup> Ob. cit. pp. 74-75.

<sup>68</sup> El Tribunal Supremo, en el caso *Muskrat vs. U.S.*, decidió que el Congreso no se hallaba facultado para aprobar una ley que atribuía competencia al Tribunal de Reclamaciones (*Court of Claims*) y, en apelación, al Tribunal Supremo, para decidir sobre la validez de las leyes del Congreso relativas a asuntos de los indios, sin un “caso” o “controversia”, únicos asuntos a los que, según la Constitución, se extiende el poder judicial (Charles Evans HUGUES, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, 2º ed. Española, FCE, México, 1971, p. 54, *apud* FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, ob. cit. p. 30).

<sup>69</sup> Anota la autora: “El dinamismo del *case law* viene dado, como ya señalamos, por la interacción entre *doctrinal* y *social propositions*. M. EISENBERG sostiene que precisamente esa dialéctica que existe entre normas y elementos extranormativos hace que él concepto de validez, propio de las teorías positivistas, no sirva para analizar el mundo del *case law*. Textualmente afirma: ‘El fracaso de las teorías positivistas es que intentan determinar la validez y obligatoriedad de los precedentes con independencia de las *social propositions* o factores extranormativos (...). La obligación de un tribunal de aplicar un precedente no puede determinarse únicamente a partir del análisis del precedente mismo, además requiere necesariamente de un análisis sobre qué tan justificable es su aplicación a la luz de la *social propositions* relevantes para el caso que resuelve’ (*The nature of Common Law*, p. 153, *apud* MAGALONI, A., ob. cit. p. 75).

<sup>70</sup> El Derecho en Inglaterra ha sido durante ochocientos años no mucho más de lo que los jueces o los tribunales de justicia han dicho y hecho a lo largo de todo ese tiempo. Por ello, los historiadores consideran que la crónica y descripción sistemática deben basarse en el estudio de las sentencias. La doctrina *stare decisis* se formó originalmente en la rama del *common law* inglés, y es la regla general [...] conforme a la cual cuando un punto de derecho ha sido fijado por resolución judicial en un caso concreto sometido a la jurisdicción de un juez o tribunal, se convierte *ipso jure* en un precedente normativo que debe ser acatado, en casos similares subsecuentes, por el mismo tribunal que lo estableció y por cualquier otro de rango inferior que esté subordinado a la autoridad de aquél. Los historiadores del derecho inglés no se han puesto todavía de acuerdo sobre el momento exacto en que vino al mundo la doctrina del *stare decisis*: unos defienden que fue en el período de los *Year Books* (1290-1535) y otros, en cambio, que fue a finales del siglo XVI o principios del XVII, como consecuencia directa de la influencia ejercida por los admirables *reports* redactados por el egregio juez Eduardo Coke (Lévy-ULLMANN, 1928, 134). (*apud* DURO MORENO,

que fue decidido por tribunales superiores debe ser acogido en principio como bueno y valioso por otros jueces o tribunales para casos idénticos o similares. Es lo denominado principio *stare decisis*, cuya traducción es “estar en lo decidido” o, dicho en toda su extensión: *stare decisis et quia non movere*: ‘estar firmemente a lo ya decidido y no variar lo que tenga firmeza’.

Un sistema de control difuso de constitucionalidad, según el cual todos los jueces y tribunales disponen de competencia para juzgar la ‘validez’ de la ley frente a la Constitución, en casos concretos y de manera autónoma, requiere, con sobradas dosis de razones, en nombre de los postulados de efectividad, igualdad y seguridad jurídica, un instrumento que asegure la autoridad a la resolución judicial, no sólo en el interior del poder judicial en los casos posteriores, sino en el ámbito de todo el poder público y por los ciudadanos de forma general. Es así que el principio *stare decisis* viene a jugar un papel esencial en aquel modelo, revelándose, por medio de los precedentes vinculantes, un mecanismo de cierre en el modo de control difuso al imponer a la resolución de los tribunales superiores, con énfasis a las de la Corte Suprema, un efecto obligatorio y a todo el ordenamiento jurídico.

Una descripción detallada de la doctrina del precedente<sup>71</sup> y de sus múltiples matices nos conduciría muy lejos de nuestro objetivo; haremos, por tanto, apenas una enunciación de los principales aspectos que interesan al control de constitucionalidad<sup>72</sup>.

Importa señalar que en aquél ordenamiento jurídico dos son las funciones de los tribunales: la que es típica de todo órgano jurisdiccional, es decir, la de resolver litigios, disputas concretas, a través de un proceso contradictorio, y la de proveer a la sociedad reglas jurídicas. Esta facultad para crear derecho en forma casuística<sup>73</sup>, que se concretiza por medio del principio *stare decisis*, según la cual las decisiones judiciales que resuelvan alguna cuestión de derecho deben ser consideradas como parámetro normativo en la resolución de casos similares que se presenten con posterioridad, se denomina función institucional<sup>74</sup>.

---

Miguel, *Introducción al derecho inglés, la traducción jurídica inglés-español y su entorno*, Edisofer, Madrid, 2005, p. 211 y 220).

<sup>71</sup> Debe dejarse asentado que existen tres tipos de precedentes según el parámetro normativo utilizado: si el juez aplicó la Constitución como norma decisoria del litigio, su sentencia constituye un precedente constitucional; si acudió al derecho legislado, entonces el precedente es legal o *statutory precedent* y, finalmente, si se basó en las decisiones *Common law*, su sentencia será un *common law precedent*. Pero importa esclarecer que un precedente no es igual a una decisión, pero resulta, en principio, de un conjunto de decisiones reiteradas en los tribunales. La excepción es el precedente constitucional en que el Tribunal Supremo declara la inconstitucionalidad de la norma, dado el efecto vinculante en este caso es inmediato. Además, hay precedentes vinculantes y precedentes persuasivos, esto es, sólo los primeros tienen fuerza obligatoria, no los segundos, y el criterio distintivo de sus fuerzas radica en la propia jerarquía de los tribunales. Un precedente vinculante proyecta su fuerza verticalmente de arriba a bajo, del tribunal superior al inferior, pero también horizontalmente, pues los tribunales se auto-vinculan a sus propias reglas de decisión, aunque, como se verá, puedan apartarse de sus precedentes en situaciones especiales de cambios políticos, económicos y sociales.

<sup>72</sup> Seguiremos aquí, básicamente, la excelente monografía de Ana Laura MAGALONI Kerpel, ya antes citada.

<sup>73</sup> En el sistema de *common law*, la ley no tiene la misma dignidad que tiene en el sistema continental o del *civil law*. Los *statutes* en los Estados Unidos sirven mucho más como guía, orientación a los tribunales que conservan su amplio poder de interpretación en los casos concretos, y el derecho es considerado el resultado de esta interpretación, no la disposición abstracta de la ley, pues de acuerdo con la cultura jurídica pragmática americana, el derecho es el que el juez dice que es: *Judice mad law*.

<sup>74</sup> “La tensión entre estas dos funciones que desempeñan los tribunales es inevitable. Como sostiene Eisenberg, ‘mientras que la función de resolver disputas va dirigida hacia las partes y hacia el pasado, la función de proveer reglas se dirige hacia la sociedad y hacia el futuro’. El equilibrio entre estas dos funciones, como veremos, será distinto dependiendo de cual sea el nivel jerárquico del tribunal que emite la

Nuestra atención se centra en esta función institucional, donde se originan los precedentes y, específicamente, los de naturaleza constitucional<sup>75</sup>. En un panorama general, siguiendo el esquema que hacen Beltran de Felipe y González García<sup>76</sup>, las notas estructurales de la doctrina de los precedentes son las siguientes:

a) El Tribunal Supremo nunca se ha considerado a sí mismo vinculado de forma absoluta por sus propias decisiones y, como es conocido, puede apartarse de una línea doctrinal o derogada expresamente (*overruling*). Este mismo planteamiento tienen los demás tribunales federales y estatales en relación con las sentencias que hayan adoptado de forma autónoma, esto es, que no resulte la consecuencia de aplicar la jurisprudencia de otros órganos. En el Tribunal Supremo es un principio claro, tal como se recoge, entre otras, en *Arizona v. Rumsey* (1984) o en el voto particular concurrente del juez Souter en *Payne v. Tennessee* (1991).

b) Una sentencia del Tribunal Supremo es obligatoria para todos los órganos judiciales siempre que se trate de un asunto que afecte a cuestiones federales. Es la consecuencia necesaria de que en relación con los asuntos federales es el Tribunal Supremo el que ocupa la cúspide de la pirámide.

c) Asimismo, la vinculación funciona en el otro sentido. El Tribunal Supremo está obligado por las sentencias de los Tribunales estatales de última instancia en los casos de ciudadanos de un Estado al que se le haya aplicado el derecho propio de ese Estado de acuerdo con las normas de conflictos de leyes<sup>77</sup>. De hecho, conforme lo afirmado en la sentencia *Erie v. Tompkins* (1938), en ausencia de una autoridad legislativa federal no existe un *common law* federal<sup>78</sup> general sino que el que resulta aplicable es el *common law* de los Estados.

d) Una sentencia de un tribunal federal tiene sólo efecto de orientación para un tribunal estatal en relación con materias federales. Ello supone que la línea jerárquica obligatoria sólo se mantiene en relación con las materias de competencia federal. En los restantes casos, la doctrina podría como mucho influir en el parecer del Tribunal. La única obligatoriedad que tienen los tribunales estatales es respecto de las sentencias del Tribunal Supremo dictadas en materias de competencia federal.

e) Una sentencia de un tribunal federal no es obligatoria para otros tribunales federales de

---

decisión". (MAGALONI, A., *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, MacGrawHill, Madrid, 2001, p. 31).

<sup>75</sup> Es importante aclarar que en el sistema jurídico norteamericano el precedente puede formarse en cualquier ámbito del derecho de creación judicial. Un precedente constitucional sólo se diferencia en cuanto a su contenido de los otros tipos de precedentes, pero no en cuanto al método jurídico y el modo como opera su aplicación en la práctica judicial (MAGALONI, A., ob. cit. p. 61).

<sup>76</sup> Ob. cit. pp. 30-31.

<sup>77</sup> Conforme veremos en su momento, también en Brasil, donde hay control de constitucionalidad de modo difuso y abstracto, el Supremo Tribunal Federal queda vinculado a las decisiones de los tribunales estatales en acción directa en que declaren la inconstitucionalidad de ley o acto normativo municipal o estadual frente a la Constitución del Estado, caso no haya recurso a aquella instancia máxima (v. g. Recl. 383-STF).

<sup>78</sup> En referido caso, el Tribunal Supremo anuló decisión proferida por la *Circuit Court of Appeal* de Pennsylvania, declarando el juez Brandeis, expresando los puntos de vista de la mayoría, "el derecho que debe ser aplicado en todas las especies es el derecho de un determinado Estado en particular. Que el derecho de este tenga sido formulado por su parlamento en una ley escrita o por el Supremo Tribunal en una decisión, no interesa a las autoridades federales. No existe *common law* federal general". Este principio, desde 1938 viene siendo aplicado por el Tribunal Supremo, aunque no de manera absoluta, ya que en algunas materias de competencia exclusiva del derecho federal, tales como las relativas a marcas y patentes, se entiende existir una *common law* federal (DAVID, René, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, Martins Fontes, São Paulo, 1998, p. 374).

igual o inferior rango, a menos que el tribunal deba obediencia al tribunal que aplica la sentencia.

j) Las sentencias de un tribunal estatal superior son vinculantes para todos los tribunales inferiores en virtud del principio de jerarquía<sup>79</sup>.

Se debe enfatizar, todavía, que cada tribunal puede modificar libremente sus propias decisiones. Esta regla sólo cede en los supuestos en los que la decisión no sea propia en cuanto al fondo sino que derive de una decisión de un órgano superior. En este caso, el tribunal no puede apartarse del precedente. Este dato es el resultado de la consideración del criterio jerárquico del órgano de que emane la resolución. Si un tribunal resuelve por vez primera un asunto, pero lo hace tomado el criterio de otro órgano jurisdiccional que es superior -desde el punto de vista jerárquico- en relación con esa materia, entonces la decisión no es realmente propia sino derivada de lo que haya decidido el órgano superior y, en consecuencia, no podrá modificar con posterioridad el criterio. Por el contrario, cuando hay una sentencia tomada de forma autónoma, sin un criterio que se imponga por razón jerárquica, el tribunal, motivando el apartamiento del precedente, podrá tomar la decisión que considere más justa.

Este primero aspecto, el criterio jerárquico del órgano judicial en la estructura organizacional de la justicia norteamericana, por tanto, es decisivo en la determinación de lo que vincula o no a las partes y a los tribunales posteriores.

Pero esas notas generales no bastan a la comprensión del tema. El modo de formación y funcionamiento del precedente exige conocer, aunque en ligeras líneas, las posturas o criterios que pueden adoptar tanto el Tribunal Supremo cuando resuelve la cuestión jurídica, cuanto los tribunales posteriores a partir del precedente firmado por la Corte Suprema.

## 5.2) Posturas ideológicas: el minimalismo y el maximalismo en la teoría del precedente

En el ejercicio de la actividad jurisdiccional los tribunales norteamericanos crean ordinariamente el derecho mediante sentencias. El derecho en aquél sistema, desde hace muchos siglos, como ha dicho Hughes, es el que el juez dice que es, y, el mecanismo del precedente valoriza la experiencia de otros órganos; por medio de él se cultiva el pragmatismo -el proceso es un medio de solución de litigios<sup>80</sup>- y se permite una

<sup>79</sup> En el Derecho inglés, en donde la organización judicial es más sencilla, dado no existir jurisdicción federal, la aplicación de los precedentes sigue el criterio jerárquico de acuerdo con cinco grandes proposiciones básicas: a) Todo juez y magistrado se halla obligado por (*is bound by*) las resoluciones tomadas por los tribunales de superior instancia al que él ocupa; b) Ningún juez ni magistrado se halla obligado por las resoluciones tomadas por los tribunales de inferior instancia al que él ocupa, pese a lo cual la cortesía judicial recomienda que las tenga en cuenta si las encuentra justas; c) El magistrado de cualquiera de las tres divisiones del *High Court of Justice* (*Queen's Bench Division*, *Chancery Division* y *Family Division*) no está obligado por las resoluciones tomadas por los demás magistrados de esas mismas divisiones, si bien es cierto que se deja persuadir por ellas si están correctamente formuladas; d) Las resoluciones tomadas por la jurisdicción del *Court of Appeal* constituyen precedentes vinculantes (en inglés, *binding precedents*) para todos los tribunales inferiores e, incluso, para las tomadas por ella misma (salvo en materia penal); e) Las resoluciones tomadas por la cámara de los Lores obligan a todas las demás jurisdicciones inferiores y también, salvo excepciones (*when it appears right to do so*), a las tomadas por ella misma.

<sup>80</sup> Para los norteamericanos el derecho es un modo de resolver disputas jurídicas, más que una formalización normativa, abstracta y general. Es una disciplina práctica, más que una ciencia. Lo relevante es el método que se sigue para resolver controversias jurídicas, más que la sistematización abstracta de las normas. Lo que interesa es la manera como las normas se aplican a casos concretos, más que el examen abstracto de los

actualización permanente del derecho, ya que siempre existe la posibilidad de revisión de entendimientos asentados en precedentes, sea en razón de falta de identidad entre los supuestos de hecho, sea por diversidad de criterios o posturas de interpretación entre los órganos judiciales, sea, al fin, en virtud de cambios determinados por factores socio-político-económicos<sup>81</sup>.

En el mecanismo del *stare decisis* subyace dos fuerzas antagónicas en permanente exigencia recíproca: la estabilidad *versus* cambio, y la propia historia del derecho norteamericano puede ser descrita a partir del estudio de casos jurisprudenciales, sobre todo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según las épocas en que tuvieron preponderancia una u otra de esas fuerzas en el escenario político-económico y social.

Dos doctrinas intentan describir posturas o criterios judiciales identificados en la construcción de un precedente. Según Llewellyn, en Estados Unidos coexisten dos doctrinas del precedente, o lo que es lo mismo, la doctrina del precedente tiene dos caras: la minimalista y la maximalista. Bajo los presupuestos de la primera, el *holding*<sup>82</sup> o *ratio decidendi* de un precedente debe ser establecido en forma concreta, esto es, con un ámbito normativo limitado en forma estricta por las circunstancias fácticas del caso resuelto. En cambio, bajo los presupuestos de la doctrina maximalista la regla o *holding* debe ser abstracta y general, de tal forma que abarque una clase completa de asuntos; el caso resuelto sólo representa una de las múltiples posibles individualizaciones de dicha regla.

Básicamente, mientras para los minimalistas<sup>83</sup> los tribunales federales no tienen competencia para establecer reglas abstractas y generales que comprendan con antelación una clase de posibles litigios, ya que el *case and controversy requirement* del artículo III constitucional les impide, se tratando, por tanto, de un problema de legitimidad, los

---

enunciados normativos que conforman el sistema. Esta manera de comprender el derecho como instrumento representara una reacción de la llamada teoría instrumental del derecho al formalismo jurídico de la segunda mitad del siglo XIX y tendría consecuencias directas en el proceso de formación y funcionamiento del precedente; se abandonaba la concepción estática y rígida del *stare decisis* propia del paradigma formalista y se retoma el carácter dinámico y flexible del *case law* que había caracterizado a la doctrina del precedente de la primera mitad de aquel siglo. (cfr. MAGALONI, A., ob. cit. p.21).

<sup>81</sup> Siendo la realidad social cambiante y mutable por naturaleza, el derecho no puede ser visto como un producto terminado, sino que en cada acto jurídico, en cada decisión judicial, se está desarrollando, definiendo y transformando. Desde el punto de vista de los juristas norteamericanos, el derecho se comprende en movimiento, desde una óptica dinámica. Los hechos y la realidad son el motor del cambio, las normas generales son instrumentos dinámicos para resolver los problemas que la realidad plantea, y el derecho es el punto de interacción de esta realidad social con las normas generales, interacción que se queda plasmada fundamentalmente en el conjunto de decisiones judiciales que resuelven conflictos de intereses (Ídem, ob. cit. *passim*).

<sup>82</sup> En la estructura del precedente la doctrina identifica tres elementos: el *holding*, el *dicta* (en plural), *dictum* (en singular), como abreviación de *obiter dicta* u *obiter dictum* y el *rationale*. En términos prácticos el *holding* es la respuesta que el tribunal da a las partes respecto a la cuestión jurídica que el caso plantea, más conocido entre los españoles como *ratio decidendi*, es la regla que decide el caso y puede ser encontrada en la decisión revelando la opinión del tribunal. Ya la categoría llamada *dictum* se refiere a aquellas consideraciones jurídicas que elabora el tribunal y que, en su opinión, no son necesarias para fundamentar la decisión alcanzada y que, por tanto, sólo posee fuerza persuasiva. El *rationale*, por fin, son las razones o justificaciones que da el tribunal para llegar al resultado, se compone de juicios de valor extranormativos que los jueces hacen valer en sus sentencias y que constituye una pieza clave para poder imaginar hacia donde se mueve el derecho. (MAGALONI, A., ob. cit. pp. 81-82).

<sup>83</sup> Al sostener tal concepción, A. GOODHART entiende que el *holding* o *ratio decidendi* de una decisión judicial es el principio jurídico que de acuerdo con los 'hechos materiales' explica el resultado de la decisión judicial y estos hechos materiales son interpretados por el juez posterior en términos concretos, ya que el tribunal que establece el precedente sólo está legitimado para crear el derecho indispensable para dar solución a la controversia planteada (*Determining the ratio decidendi of a case*, Yale Law Journal, p. 169, *apud* MAGALONI, A., ob. cit. p. 92).

maximalistas<sup>84</sup> entienden que los tribunales son órganos legitimados para establecer normas generales. La regla del precedente no está circunscrita a las particularidades del caso concreto.

Tales posturas están presentes tanto en el tribunal que establece el precedente como en el que lo aplica a un caso posterior. Sin embargo, dichas opciones ni siempre coinciden, esto es, el tribunal anterior puede optar por un estilo de decisión maximalista (de un modo más abstracto), pero el tribunal posterior puede construir la regla del precedente en forma minimalista (enfocándose en las particularidades fácticas del asunto) y viceversa. La opción por una u otra de estas posturas indicará el alcance del poder normador de los jueces y dependerá de la concepción que tengan sobre su papel.

Todo ello origina diversos problemas en el proceso de interpretación de lo precedente, dada su característica interactiva en la medida que, habiendo la intervención necesaria de un juez posterior, que es libre para interpretar el precedente desde su perspectiva, con sus materiales ópticos, tendrá un ámbito de discrecionalidad<sup>85</sup> bastante ancho, que le permite, en la tarea de conocer el valor normativo del precedente, seleccionar los hechos relevantes, separándolos de los irrelevantes que condicionan su aplicación a partir de la opinión del tribunal, elaborar el supuesto de hecho de la decisión que le vincula. Pero un segundo problema es que, a consecuencia de lo anterior, el nivel de generalidad y abstracción de la regla que establece el precedente –que en ocasiones depende del lenguaje utilizado- podrá ser distinto<sup>86</sup> y, por lo tanto, también lo serán sus futuras aplicaciones, es decir, el juez o tribunal posterior debe decidir si la regla que establece el precedente debe ser aplicada, extendida o distinguida en el caso que resuelve.

En efecto, la elección del Tribunal Supremo por un estilo de decisión constitucional, maximalista o minimalista, por tanto, delimita el abanico de posibilidades que tienen los tribunales posteriores para establecer la regla del precedente marcándoles distintos tipos de directrices y trazándoles diferentes caminos en los que puede evolucionar

---

<sup>84</sup> A su turno SCHAUER, F., afirma que el *holding* de una decisión judicial no sólo rige los hechos que concretamente dieron origen a la disputa, como sostienen los minimalistas. Por el contrario, asume que los tribunales, al momento de decidir un caso, intentan establecer una regla general que abarque una clase completa de asuntos, lo cual les obliga a trascender los límites del caso concreto y resolver la controversia de modo más abstracto. Para él, “una visión común respecto del precedente es considerar que éste no solo consiste en la decisión que dio un tribunal respecto de ciertos hechos determinados, sino también es la descripción que realiza el tribunal respecto de tales hechos. Una vez que la descripción de los hechos forma parte integral de lo que es el precedente, entonces resulta que la argumentación jurídica a partir de un precedente es muy similar a la argumentación con base en reglas. La descripción de los hechos del precedente en realidad es una generalización y, como consecuencia de ello, esta descripción articulada constituye el supuesto normativo de la regla” (*Playing by the rules, A philosophical examination of rule-based decision-making in law in life*, Clarendon Press, Oxford-Nueva York, reimpresión, 1992, p. 185, *apud* MAGALONI, A., ob. cit. p. 94).

<sup>85</sup> El ámbito de discrecionalidad que tiene el juez posterior para elegir el nivel de generalidad de la regla del precedente que le vincula está en función de tres factores: 1) la amplitud de la cuestión que resuelve la sentencia con valor de precedente; 2) la profundidad o extensión del razonamiento que justifica la sentencia (*rationale*), y, 3) lo ‘generalizables’ que sean los hechos que dieron origen a la disputa de la que emanó el precedente. Tomando en cuenta estos límites, el tribunal posterior debe configurar el supuesto normativo de la regla que le vincula” (MAGALONI, A., ob. cit. p. 86).

<sup>86</sup> Señala OLIPHANT: “Cada precedente se encuentra en el centro de un gran estadio. El ángulo y la distancia desde la cual sea observado depende del asiento que elijamos” (*A Return to stare decisis, American Bar Association Journal*, vol. 14, 1927, p. 73, *apud* MAGALONI, A., ob. cit. p. 86). Complementa la autora: “El hecho de que los tribunales posteriores tengan la libertad de elegir la posición desde la cual determinar el nivel de generalidad de la regla del precedente – escoger su asiento, diría Oliphant- es lo que impide que exista una sola *ratio decidendi* o *holding* en una decisión judicial y un único método para determinarla”. (Ídem).

la doctrina constitucional vinculante. Además, la fuerza normativa de las decisiones constitucionales dependerá: a) de la opción que lleve a cabo el Tribunal Supremo entre establecer el *holding* en forma de regla o estándar y; b) del nivel de consenso que exista en el Tribunal Supremo cuando emite su sentencia.

El Tribunal Supremo no se ha auto limitado a uno sólo estilo de decisión; en la práctica tanto se sirve de decisiones minimalistas<sup>87</sup> cuanto maximalistas<sup>88</sup>.

Pero, las razones de la elección por una u otra de esas decisiones depende de los juicios de valor del tribunal, estando directamente ligadas a motivaciones de carácter extra-normativo, es decir, tiene que ver con el contexto político, económico y social que rodea cualquier controversia jurídica. Cuestiones estratégicas y pragmáticas y cuestiones de índole política que afectan directamente el proceso de deliberación democrática son factores que influyen decisivamente en la elección del tribunal.

Así que, frente a cuestiones constitucionales de especial complejidad, sea porque no se tiene informaciones suficientes sobre el tema o porque existe un cambio constante o impredecible de circunstancias fácticas, o porque existe una incertidumbre moral legalmente relevante (e. g. el denominado “derecho a morir” o eutanasia), el costo de alcanzar una decisión, dada la dificultad natural de consenso en estos asuntos, y el costo de una mala decisión, dada la dificultad de responder cabalmente a la complejidad fáctica o moral del asunto, es aconsejable una decisión al estilo minimalista. Se estima que el

---

<sup>87</sup> Ejemplo de decisión minimalista sería la sentencia del Tribunal Supremo en el asunto *Hampton versus Mow Sun Wong* (426 U.S. 88, 1976). Este asunto cuestiona la constitucionalidad del reglamento de la *Civil Service Comisión*, según el cual los extranjeros con residencia en Estados Unidos no podían aspirar a ninguna posición en el servicio civil americano. Los demandantes son cinco residentes chinos, quienes argumentan que el referido reglamento viola el principio de igualdad de la Décima Cuarta Enmienda. El gobierno norteamericano argumenta que existe intereses nacionales que justifican este trato distinto entre residentes y ciudadanos norteamericanos. La Corte no entra al análisis de tales intereses, ni tampoco aborda la cuestión del principio de igualdad. Más bien, se limita a elegir una cuestión muy concreta del asunto planteado: la facultad que tiene la *Civil Service Comisión* para emitir un reglamento de esa naturaleza. El Tribunal Supremo concluye que el reglamento es inconstitucional, pues dicha Comisión no tiene facultades para regular asuntos en materia de residentes; ello, según el tribunal, es facultad exclusiva del Presidente y del Congreso. Hampton es una sentencia minimalista, ya que se limita a decir lo indispensable para resolver el asunto concreto y deja para futuras decisiones la cuestión constitucional de fondo, que es la de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del trato distinto entre residentes y ciudadanos en cuanto a su posibilidad de trabajar en el servicio civil norteamericano (MAGALONI, A., ob.cit. p. 121).

<sup>88</sup> *Roe versus Wade* (410 U.S. 113, 1973) y *Brown versus Board of Education* (347 U.S. 483, 1954) son prototipos de decisiones maximalistas. En ambas sentencias la Corte decidió de forma abstracta la cuestión constitucional, sin atender a las circunstancias fácticas particulares del caso. Por lo que toca a *Roe*, como es sabido, el Tribunal Supremo derivó del denominado “derecho constitucional de privacidad” el derecho de las mujeres a abortar, sin límites sustantivos importantes, dentro de los primeros tres meses de gestación. A pesar de que *Roe* era una mujer soltera, que argumentaba que su embarazo había sido producto de una violación y que comprobó que no tenía medio económicos suficientes para mantener a su futuro hijo, la Corte decidió en forma abstracta el asunto del aborto, sin hacer énfasis en esas circunstancias fácticas concretas que rodeaban el caso. Además, en su sentencia se pronunció sobre las principales cuestiones jurídicas que rodeaban la cuestión del aborto. Por ello, la sentencia de *Roe v. Wade* es una decisión maximalista. Lo mismo puede decirse de la decisión *Brown v. Board of Education*; el Tribunal Supremo buscó establecer una regla general en materia de segregación racial en las escuelas públicas que sustituyera la doctrina de “separados pero iguales” que se había gestado a partir de la sentencia de *Plessy v. Ferguson* (163 U.S. 537, 1896). Para ello, la Corte abordó el problema desde una perspectiva abstracta e intentó resolver en una sola sentencia la cuestión de la segregación racial, al punto que el Tribunal Supremo resolvió a través de sentencias *per curiam* los asuntos posteriores que trataban el problema de segregación en otros ámbitos (baños públicos, playas, autobuses, hospitales, etc.). El fundamento jurídico de esas decisiones posteriores fue precisamente la sentencia de *Brown*. En tales sentencias, la Corte simplemente se limitó a citar su precedente sin elaborar una argumentación exhaustiva, lo cual indica el nivel de generalidad que caracterizó a la regla establecida en *Brown* (cfr. MAGALONI, A., ob. cit. p. 120).

Tribunal debe decidir lo mínimo necesario y permita que la casuística judicial vaya resolviendo, a través de un proceso de ensayo y error, las distintas aristas del problema<sup>89</sup>.

Por otro lado, el maximalismo será una buena alternativa cuando haya consenso en el interior del tribunal y la solución a la cuestión constitucional esté exigiendo certeza y predictibilidad jurídicas extremadamente importantes, de tal modo que sea preferible una regla general imperfecta a intentar generar, por una metodología de caso-por-caso, un marco normativo ideal. Se puede sostener, conforme Magaloni, que en estos asuntos el costo de alcanzar una decisión no es muy alto y que, además, el minimalismo aumentaría los costos de una mala sentencia, pues dejaría en manos de los tribunales inferiores el desarrollo de la doctrina en una área en donde se requiere una mayor certeza jurídica<sup>90</sup>.

Frente a cuestiones de índole política, sobre todo aquellas en asuntos altamente conflictivos y que están en el centro del debate político, tales como las leyes que prohíben el matrimonio entre personas del mismo sexo, el asunto del aborto o el derecho a recibir asistencia médica para morir, se entiende que una decisión maximalista puede impedir que el propio sistema de deliberación democrático logre alcanzar el consenso social y político mínimo que se requiere para establecer soluciones socialmente aceptables. La solución minimalista frente a asuntos tan polémicos es conveniente al tribunal, que puede, incluso, optar por no decidir la cuestión denegando el *certiorari* o estimando que el asunto no es justiciable. Se piensa que ello, además de fortalecer e impulsar el proceso democrático, evitaría poner en riesgo la propia legitimidad social del Tribunal.

Sin embargo, ni siempre el minimalismo es la mejor opción en términos del proceso democrático. Al respecto, señala la mencionada autora:

“Existen determinadas cuestiones en donde el sistema político no funciona correctamente y excluye o dificulta la protección de determinados valores que se consideran condición del propio orden democrático. Una de las funciones más importantes del juez de la constitucionalidad debe ser la de garantizar que la regla de la mayoría, propia del debate parlamentario, no se convierta en una tiranía para las minorías. Esto es, el Tribunal Supremo tiene que corregir los defectos del sistema representativo, garantizando la eficacia de determinados valores sustantivos propios de una democracia, así como el acceso equitativo de las minorías al proceso de deliberación democrática<sup>91</sup>. De ahí que Sustain sostenga que, cuando el proceso democrático no funciona correctamente, el argumento a favor del minimalismo se debilita. En estos casos es mejor una decisión maximalista que subsane los errores del sistema representativo y renueve los consensos fundamentales que sostienen a la Constitución”<sup>92</sup>.

Asociado al aspecto del estilo u extensión con la que se construye una decisión y, pues, un precedente, está la técnica de decidir en forma de reglas o estándares, cuya

---

<sup>89</sup> MAGALONI, A., ob. cit. p. 121-122.

<sup>90</sup> Ídem, p. 122-123.

<sup>91</sup> Tal como anota la autora, J. H. Ely es el más importante expositor del papel que debe desempeñar la justicia constitucional en corregir la discriminación política en contra de las minorías. Ely defiende la idea de Constitución como una cuestión de procedimientos y estructuras que caracterizan a todo gobierno democrático, más que como conjunto de valores sustantivos específicos. La tarea del Tribunal Supremo, desde esta perspectiva, será la de mantener en orden los mecanismos y procedimientos que aseguran que el proceso de deliberación democrática permanezca abierto para todos y que los que deciden tomen en cuenta a todos los afectados por su decisión. Algunas de las más importantes decisiones de la era del *Tribunal Warren* se pueden comprender bajo este paradigma (*Democracy and Distrust. A theory of judicial review*, Harvard University Press, 1980, *apud* MAGALONI, A., ob. cit. P.124, nota 148).

<sup>92</sup> Ídem, p. 124.



elección, igual que la del minimalismo o maximalismo, va trazar distintos patrones de desarrollo de la doctrina judicial vinculante. Una regla se caracteriza, básicamente, por poseer contenidos específicos, lo que obliga al juez posterior a alcanzar un resultado específico ante la presencia de determinados hechos. El tribunal que establece la regla vinculante busca limitar los juicios de valor y el ámbito de discrecionalidad de los tribunales posteriores<sup>93</sup>.

Un estándar, a su turno, posee contenido más general, menos específico, proporcionando pautas generales para que el juez o tribunal posterior analice, a partir de las razones sustantivas o *background principles* que sustentan la sentencia con valor de precedente, las circunstancias fácticas y factores relevantes del caso que resuelve. El tribunal que lo establece busca conferir un amplio margen de libertad para que el tribunal posterior, a la luz de las circunstancias fácticas del nuevo asunto a resolver, decida cómo ajustar su decisión al precedente que le vincula<sup>94</sup>.

Un ejemplo clásico de reglas y estándar es el ofrecido en el debate entre Holmes y Cardozo respecto de cómo había que regular el *common law* – a efecto de determinar la responsabilidad civil de las compañías ferroviarias en caso de accidentes- la conducta del automovilista que se encontraba con un cruce por donde podía pasar el tren. Holmes proponía una regla: “el conductor debe parar el auto y ver”. Cardozo, en cambio, planteaba un estándar: “el conductor debe actuar con razonable precaución”<sup>95</sup>.

Parece bastante claro que la elección por una decisión en forma de reglas, aproximándose al estilo maximalista, restringe el campo de discreción del juez o tribunal posterior<sup>96</sup> constituyendo una técnica eficaz frente a casos en relación a los cuales el Tribunal Supremo desea garantizar mayor seguridad y certeza jurídicas al futuro. Ya la opción por una decisión en forma de estándar, al estilo minimalista, en cambio, dejando que los tribunales posteriores ajusten y definan gradualmente el contenido de la doctrina constitucional, casuísticamente, no se compromete con establecer una línea divisoria clara entre conductas permitidas y prohibidas, sino apenas con establecer un criterio sustantivo o un principio que va servir de base a una serie de otras decisiones judiciales, dando lugar a que su aplicación genere diversas reglas minimalistas en función de las particularidades de cada controversia<sup>97</sup>.

En las referidas técnicas de decisión se identifican, en general, dos posturas ideológicas que, por su turno, revelan el movimiento del *case law* determinado por las fuerzas del cambio versus estabilidad<sup>98</sup>. Y permiten ver cuanto puede ser relevante la

---

<sup>93</sup> Ídem, pp. 138.

<sup>94</sup> Ídem, p. 139.

<sup>95</sup> P. SCHLAG, *Rules and Standards*, University of California Los Angeles *Law Review*, vol. 33, 1985, pp. 379-380, *apud* MAGALONI, A., ob. cit. p. 138.

<sup>96</sup> En principio una regla debe ser aplicada a todos aquellos litigios que entren dentro de su ámbito normativo y dicha aplicación es independiente de las razones sustantivas y los principios que sustentan la regla. Así, la regla que propone Holmes exige que todo conductor, con independencia de cuáles sean las circunstancias fácticas en las que se encuentre, pare su auto y vea antes de cruzar una vía de tren. En cambio, en el estándar propuesto por Cardozo es claro que cada tribunal posterior tendrá que valorar si el automovilista, al momento de cruzar una vía del tren, tomó o no las precauciones razonables, lo cual dependerá, evidentemente, de la ponderación que realice el juzgador del conjunto de factores y particularidades fácticas del caso que tiene enfrente (Cf. MAGALONI, A., ob. cit. pp. 139-140).

<sup>97</sup> MAGALONI, A., ob. cit. p. 142.

<sup>98</sup> Esta elección pone de manifiesto la tensión entre las dos formas en las que se concibe el papel de los tribunales en cuanto creadores de normas: las reglas se identifican con el modelo de *rule-bound Justice*, mientras los estándares con la casuística. Ello significa, por tanto, que el debate entre reglas y estándares

elección del Tribunal Supremo por una y por otra de esas fórmulas a efectos de poderse pronosticar la fuerza normativa de los precedentes. Pero lo más interesante es que la efectividad del derecho constitucional, siendo en grande parte dependiente de la experiencia judicial, es condicionada por el acierto de las elecciones que haga el Tribunal Supremo en determinados momentos históricos frente a casos considerados emblemáticos.

También el nivel de consenso que exista en el seno del Tribunal Supremo cuando emite su sentencia es factor relevante a la predicción de la fuerza normativa del precedente. Y ello vale siempre, independiente del estilo maximalista o minimalista, de tratarse de regla o de estándar, ya que, sin lugar a dudas, conforme resalta Kerpel, “una decisión que se toma por unanimidad muestra que el Tribunal esta firme en su posición, que todos los *Justices* coinciden en que la solución propuesta es la correcta, no sólo con relación a las partes y el pasado, sino también, y sobre todo, para la sociedad y el futuro. Ello permite suponer que su precedente tendrá un alto grado de autoridad y estabilidad en la resolución de controversias similares o análogas”<sup>99</sup>.

El significado de ese alto grado de cohesión interna, aunque no sea un valor absoluto, dado que siempre es posible el cambio de entendimiento a la luz de los demás factores, en el caso de decisiones maximalistas denota la imperturbable intención del Tribunal de que su precedente rija una clase entera de asuntos, pudiendo presumirse que los *Justices*, por lo menos en el corto plazo, serán poco propensos a intentar modificar o transformar su precedente en asuntos posteriores. Tratándose de decisiones minimalistas, el alto nivel de consenso entre los miembros del Tribunal puede ser un indicador de que la doctrina constitucional, a pesar de su flexibilidad y dinamismo, se irá desarrollando consistentemente caso-por-caso.

Lógicamente, en contraposición, las decisiones adoptadas por mayoría simples indican cierta fragilidad y pueden ser más inestables<sup>100</sup>, sugiriendo que el propio Tribunal intente, en decisiones posteriores, alcanzar consenso en la misma cuestión e esté dispuesto, por tanto, a transformar la regla de su precedente si ello le permite alcanzar una decisión que cuente con una mayor aceptación entre los miembros del Tribunal.

De esa exposición esquemática es posible advertir que el estilo minimalista de decisión y la dinámica de los estándares, por su característica flexible, permiten una adaptación paulatina y sin rupturas bruscas a las nuevas circunstancias sociales, contribuyendo para una evolución gradual de la doctrina del *stare decisis*, incluso con la colaboración de los otros tribunales, y al fortalecimiento de la concepción de que el propio Tribunal Supremo se halla vinculado horizontalmente a sus precedentes.

Además, un pacto de mínimos y la definición de una sentencia en torno de un principio es tarea de más fácil consenso, aspectos relevantes para asegurar la transición al estado óptimo para solución de la cuestión en el tiempo. Una decisión maximalista definida bajo la técnica de reglas, con apoyo de una mayoría simple, por otra parte, tiende a parecer

---

tiene como telón de fondo, una vez más, la dialéctica entre las dos fuerzas contrapuestas que rigen el movimiento del *case law*: continuidad vs. cambio (Ídem, p. 140).

<sup>99</sup> MAGALONI, A., ob. cit. pp. 148-149.

<sup>100</sup> Esta es una regla que, evidentemente, tiene excepciones. Por ejemplo, la famosa sentencia de *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436, 1966), a través de la cual la Corte, de modo verdaderamente maximalista, establece una serie de derechos para toda persona detenida por un policía, en su momento se tomó por una mayoría de 5 contra 4, sin embargo ha sido un precedente que hasta la fecha goza de una gran autoridad y estabilidad. Lo que indica que el nivel de consenso en el Tribunal al emitir su sentencia tiene que analizarse siempre en el contexto de otros factores para poder elaborar alguna predicción acerca de la fuerza normativa y estabilidad de un precedente constitucional. (MAGALONI, A., ob. cit. pp. 149-150, nota 198 ).

una imposición dogmática<sup>101</sup> y propiciar una ruptura abrupta con el pasado en momentos de cambio en la integración del Tribunal Supremo, cuando se forman nuevas coaliciones ideológicas<sup>102</sup> en su seno.

### 5.3) La *ratio decidendi* y las *obiter dicta*

Una correcta comprensión del tema exige conocer el núcleo o partes de la resolución judicial paradigma que puede ser tenida en cuenta por el juez o tribunal que iban aplicarlo a un caso concreto que esté en sus manos en un juicio. Por supuesto que, ni todas las consideraciones y argumentos utilizados por los jueces y tribunales sirven como fundamentos determinantes de la resolución. De ahí la necesidad de saber lo que es en el interior de la sentencia que vincula los jueces y tribunales posteriores.

Las razones por las cuales se decide, esto es, el *holding* o en inglés, la *ratio decidendi*, es precisamente el elemento de la sentencia que se considera dotado de fuerza capaz de obligar, cuyas razones están constituidas de las palabras que contienen la norma jurídica con la que el tribunal resuelve el litigio planteado. Todo lo que en una sentencia no es *ratio decidendi* es *obiter dicta* ('observaciones al respecto') y carece de fuerza vinculante. Según Walker, las *obiter dicta* pueden ser de dos clases: una primera que se basa en hechos inexistentes o irrelevantes a la causa enjuiciada; y una segunda que, pese a estar basada en hechos existentes y pertinentes a la causa, no constituye la norma jurídica en la que se sostiene la resolución del juez. La parte dispositiva, o *fallo*, de la sentencia ni es vinculante ni puede dar un precedente<sup>103</sup>.

Pero, cómo ni siempre es sencillo distinguir el que constituye *ratio decidendi* y *obiter dicta*, es frecuente que esa labor venga ser desarrollada según la visión – y la propia postura ideológica- y capacidad argumentativa de los jueces y tribunales en proceder equiparaciones o finas distinciones<sup>104</sup> en relación a hechos del caso paradigma y los del

<sup>101</sup> El término “imposición” aquí es utilizado como resultante de mera suma aritmética de votos. Y el ejemplo de dogmatismo podría ser la tentativa de unos jueces que profesan el llamado originalismo o *original intent*, método de interpretación según en cual se debe interpretar el texto constitucional conforme a la intención de los constituyentes, esto es, de acuerdo con la forma en que los *Framers* originalmente concibieron cada uno de los preceptos constitucionales, de fijar decisiones maximalistas en forma de reglas. Tal propuesta, además de otros graves problemas, al olvidar la imposibilidad real de reconciliar toda historia de los precedentes del Tribunal Supremo a esa ideología, presentase como imposición dogmática en la medida que quiere reconducir la Corte a una ideología particular que significaría romper con la propia historia norteamericana, llevando a su deslegitimación social.

<sup>102</sup> Es común que, cuando el Tribunal Supremo se renueva y las coaliciones ideológicas se modifican, existan una revisión y transformación de la doctrina constitucional vinculante en algunas áreas importantes. Históricamente, como sostiene CHEMERINSKY, las tendencias ideológicas del Tribunal Supremo han oscilado en un péndulo que va del *judicial activism* al *judicial self-restraint* y vice-versa. La importancia de los estándares, como forma de evitar rupturas bruscas, é mencionado por Ana MAGALONI, quien con apoyo en SULLIVAN, sostiene que fue precisamente el hecho de que el Tribunal haya optado por establecer *holding* en forma de estándar en algunos casos importantes lo que ha evitado que un tribunal “conservador”, como lo es el *Tribunal Rehnquist*, restrinja o transforme abruptamente la doctrina constitucional establecida por sus antecesores “liberales”. Esto es, el debate en el seno del Tribunal Supremo entre reglas y estándares ha permitido equilibrar la tensión entre las fuerzas del cambio (conservador) con la estabilidad y continuidad de la doctrina constitucional vinculante, en un momento en que la mayoría de los *Justices* se pueden considerar defensores del *judicial self-restraint* (ob. cit. p. 144).

<sup>103</sup> *Apud* DURO MORENO, Miguel, ob. cit. p. 230.

<sup>104</sup> La tarea de distinguir lo que es y el que no es vinculante en el interior de una sentencia da lugar a los conocidos mecanismos de distinciones. Y, conforme DURO MORENO, “lo más llamativo de estas palabras de carácter decisorio es que no están identificadas con la etiqueta recién referida -*ratio decidendi*-, sino, antes bien, inmersas en un océano verbal del que han de ser rescatadas más tarde por un juez diferente del que las haya pronunciado: a éste, por lo tanto, a quien corresponde dotarlas de su verdadera naturaleza vinculante y a

caso concreto en confronto.

#### 5.4) La revocación (*reversal*) y la rectificación (*overrule*) del precedente judicial

Es de todo evidente que ni todas las resoluciones judiciales se transforman automáticamente en precedentes. Asimismo, es preciso señalar, en conexión con ello, que cualquier precedente puede ser revocado (*reversed*) o rectificado (*overrule*) por el Tribunal en la medida en que éste lo reputa injusto, erróneo, inexacto, engañoso, desacertado o incompatible con la realidad vigente. Ello tiene aplicación, como hemos apuntado, en relación a los tribunales federales y estatales respecto a las sentencias que hayan adoptado de forma autónoma, esto es, que no resulten de la consecuencia de aplicar la jurisprudencia de otros órganos y, por supuesto, en el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo, por su propia posición en la estructura piramidal del sistema de justicia como intérprete final del derecho constitucional, desempeña con mucho más entidad esta función correctora, trascendente para un derecho esencialmente dinámico, sobretodo cuándo deroga un precedente asentado por largos años y basado en ley juzgada conforme la Constitución.

El aspecto más enfatizado en la doctrina del *stare decisis* suele ser el traducido en el efecto formalmente vinculante de los precedentes, dado el objetivo de estabilidad siempre deseado en cualquier sistema jurídico. Pero, en realidad, quizá tan importante o todavía más es la posibilidad de modificación de la doctrina anterior con cierta flexibilidad a fin de permitir la actualización del derecho como consecuencia de las necesidades de cambio exigidas con el devenir social<sup>105</sup>. Como ha dicho Roscoe Pond, “la causa principal de éxito de los precedentes como fuente del derecho en el *common law* consiste en que ha combinado en sí mismo certeza del derecho y capacidad de desarrollo como ninguna otra doctrina ha sido capaz de hacerlo”<sup>106</sup>.

Las dos fuerzas antagónicas y en permanente tensión: estabilidad y cambio, es seguramente el que hace la vida y la historia de la doctrina del *stare decisis*. Benjamín Cardozo enseñaba ser una necesidad del sistema jurídico no estar replanteándose en cada ocasión los fundamentos de las resoluciones, y que hay que dar estabilidad al Derecho, siempre que tuviera cierta capacidad de adaptación al futuro. En tono poético afirmó: “...La posada que nos resguarda por la noche no es el fin del día. El Derecho, como el viajero, debe estar listo para el mañana. Debe poseer el principio del crecimiento”<sup>107</sup>.

La cuestión es saber cómo, en que condiciones y con cuales mecanismos los tribunales pueden apartarse de la jurisprudencia que les vincula. Haremos mención a

---

quien le compete convertir el caso juzgado en un nuevo precedente. La tarea no es fácil -al acometerla, el juzgador puede caer en el error de confundir la forma con la sustancia-, y sólo la posesión de una depurada técnica jurídica garantiza su éxito (ob. cit. p. 228).

<sup>105</sup> Este es una aparente paradoja, pues por un lado se afirma el carácter vinculante del precedente y, por otro se habla de adaptación o flexibilidad. Y sin embargo las dos cosas son ciertas: “Hay que concluir con LLEWELLYN, que ambas posturas reflejan una ‘doble verdad’, cuyo equilibrio hay que buscar”. De hecho, algunas de las principales escuelas del pensamiento jurídico norteamericano se oponían precisamente en este punto. Los formalistas de finales del XIX, encabezados por LANGDELL, vieron en el *stare decisis* una solución a los problemas del *case law*, pues permitía sistematizar y dotar de previsibilidad a las reglas jurídicas, y por el contrario poco después los pragmatistas, con Holmes, Pound o Dewey, consideraban al *stare decisis* incompatible con el *case law*, en la medida que implica inmovilismo e inadaptación, y por ello defendían una aproximación casuística y liberada del corsé del estricto respecto al precedente (BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLES GARCÍA, Julio V., ob. cit. p.28)..

<sup>106</sup> BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLES GARCÍA, Julio V., ob.cit. p.29).

<sup>107</sup> Ídem, pp. 23-24.

algunos de esos mecanismos, no sin antes subrayar que en el campo del derecho constitucional, dado el carácter principal de su contenido, resulta más sencillo apartarse de un precedente; diríamos nosotros que es más natural y comprensible que así sea, frente a la naturaleza política, de estructura abierta o imprecisa de las normas constitucionales, pese a que los impactos sociales de la jurisprudencia constitucional aconsejan mayor prudencia y contención en el voluntarismo de los jueces.

En primer lugar, el modo más sencillo de apartarse del precedente es la derogación expresa de la doctrina de las sentencias, lo que se llama *overrule* y surge de vez en cuando<sup>108</sup>. Ejemplo radical de esta hipótesis en la historia del Tribunal Supremo es la sentencia *Lawrence versus Texas*, del año 2003, que modificó la doctrina sobre los derechos de los homosexuales<sup>109</sup>. Pero aún más radical y curioso es lo siguiente: En los llamados *Legal Tender Cases* (un conjunto de sentencias dictadas entre 1870 y 1871 sobre los pagos de la deuda emitida para financiar la guerra civil), el Tribunal Supremo cambió de jurisprudencia en un año: *Hepburn versus Griswold* (1870) declaró la inconstitucionalidad de la aplicación retroactiva de la obligatoriedad de aceptar como medio de pago ciertos títulos de deuda y billetes anulando la *Legal Tender Act* de 1862, pero el nombramiento por el Presidente Grant de dos nuevos jueces provocó que en 1871 en *Knox versus Lee* y *Parker versus Davis* se diera marcha atrás y se diera el visto bueno a la ley de 1862.

En el caso, el poder de revocación del Tribunal llega al extremo de hacer revivir una ley antes considerada por él mismo ya muerta. El que para nosotros, juristas de escuela romano-germana, en cuyo modelo la ley es la fuente principal del Derecho, sería impensable, en el sistema de la *Judicial Review* se presenta como una posibilidad normal, aunque rara, que se explica por la concepción, antes señalada, de que la ley declarada inconstitucional no es anulada, sino desaplicada, juzgada ineficaz frente a la Constitución. De ahí que, no estando efectivamente muerta, pero sin eficacia, podría la ley recobrar

---

<sup>108</sup> Conforme Victoria ITURRALDE SESMA, el número de casos resulta incluso discutido. Pero, para ver lo raro que son los casos en que ocurre, entre 1810 y 1980 se cifran en ciento sesenta (*El precedente en el common law*, Civitas, Madrid, 1995, p. 66, *apud* BELTRAN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio, ob. cit. p. 32).

<sup>109</sup> En este caso, dos varones adultos han sido sorprendidos en el interior de su casa practicando sexo, fueron detenidos, procesados y condenados por delito conforme ley del Estado del Texas. El Tribunal de Apelación del Texas, amparándose en los precedentes constitucionales (*Bowers*) y en las leyes estatales represoras de la sodomía, rechazó el recurso de los condenados. El Tribunal Supremo, no obstante, cambia la doctrina asentada en la sentencia *Bowers*, (1986) por juzgarla incorrecta. Dice la Corte: “El *stare decisis* es esencial para mantener la autoridad de las sentencias de este Tribunal y la estabilidad del Derecho. No es, sin embargo, una regla inexorable, tal como afirmamos en la sentencia *Payne versus Tennessee*... Al contrario, es un principio de política y no una fórmula mecánica de adherencia a la última decisión... Y al fin: “Los recurrentes deben ver respetada su vida privada. El Estado no puede degradar su condición, o controlar su destino, mediante la criminalización de sus conductas sexuales privadas. El derecho a la libertad, conforme a la cláusula del debido proceso, les garantiza el pleno derecho a tomar decisiones sobre su comportamiento sin la intromisión del gobierno. En la Constitución existe la promesa de que hay una esfera de libertad personal en la que el gobierno no puede entrar. El Código Penal de Texas no contiene ni promueve ningún valor o interés estatal que pueda justificar semejante intromisión en la vida personal y privada del individuo. Si aquellos que diseñaron y ratificaron la cláusula del proceso debido de las enmiendas 5ª y 14ª hubieran conocido los aspectos de la libertad en todas sus posibilidades, acaso podrían haber sido más explícitos. Pero no pretendieron tener una concepción tan visionaria. Sabían que en un momento dado las circunstancias pueden impedirnos ver y reconocer determinadas verdades, y que posiblemente las generaciones venideras vean que leyes que una vez fueron necesarias y adecuadas hoy son instrumentos de opresión. Mientras la Constitución permanezca, cada generación puede apelar a sus propios valores y principios para buscar la libertad. Anulamos la sentencia del Tribunal de Apelación del 4º Distrito de Texas, y devolvemos las actuaciones para que se dicte resolución no incompatible con el presente pronunciamiento” (BELTRAN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., ob. cit. pp. 652-654).

fuerza activa y pasiva por resolución posterior del Tribunal Supremo al considerar que el precedente se fundara en premisas falsas o equivocadas o mismo porque lo justificarían los cambios políticos, económicos y sociales.

Tal posibilidad de reavivar la ley, por mucha extraña que nos parezca, sin embargo no es inusitada en el control de constitucionalidad europeo. Cabe recordar que la Constitución de Austria, tras el planteamiento del propio Kelsen, introdujo ya en 1929, en su artículo 140 (hoy 140.6) norma del tenor siguiente: “Si una ley fuese anulada por el Tribunal Constitucional por inconstitucionalidad, entrarán de nuevo en vigor el día en que empiece a producir efectos la anulación, si la sentencia no estableciese otra cosa, todas las disposiciones que hubiesen sido derogadas por la ley declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. En la publicación de la anulación de la ley se mencionarán también si entran en vigor disposiciones legislativas y cuales”<sup>110</sup>.

Ello revela que, si bien si considera, en general, que la declaración de inconstitucionalidad anula la ley, sin embargo sus efectos de hecho no operan sólo *ex nunc*, conforme pregonado, ya que se dirige para el pasado trayendo de volta al mundo jurídico normas antes revocadas por ley, el que significa, al fin y al cabo, que el Tribunal Constitucional austriaco también dispone del poder de resucitar una ley antes considerada muerta, con la diferencia de que, mientras en el derecho norteamericano la ley hubiera sido desaplicada por el propio Tribunal Supremo, en Austria la muerte ocurriera por la propia revocación de la ley anulada<sup>111</sup>.

Aunque es cierto que los tribunales jerárquicamente superiores – y el Tribunal Supremo en particular, en los asuntos federales – pueden apartarse del precedente, los cambios de jurisprudencia resultan *a priori* difíciles. A este respecto resulta explicativo el siguiente fragmento de la sentencia *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania versus Casey* (1992), donde se hace explicación del valor jurídico del precedente:

“Realmente, cuando el Tribunal reexamina una decisión anterior, la costumbre quiere que su resolución esté fundada sobre un cierto número de consideraciones prudentes y pragmáticas que permiten medir la compatibilidad del cambio de jurisprudencia con el ideal del Estado de Derecho, y calcular los costes de reafirmar y de modificar un caso anterior. De este modo, nos podemos plantear si la regla se ha transformado en indeseable simplemente por su inaplicabilidad práctica, *Swift & Co. v. Wickman*, 382 US 111,116 (1965), o si tiene un capital de confianza que obligue a una consideración especial sobre las consecuencias de la anulación de la doctrina y de añadir un coste suplementario por el repudio de dicha doctrina, como se señaló en *United States v. Title Ins & Trust Co.*, 265 US 472, 484 (1924), o si otros principios vinculados a dicha doctrina se han desarrollado tanto que han relegado a dicho planteamiento a un mero vestigio de una línea jurisprudencial, como ocurrió en *Patterson v. Mclean Credit Union*, 491 US 164, 173-174 (1989), o,

---

<sup>110</sup> CRUZ VILLALON, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, CEC, Madrid, 1987, pp. 266-267.

<sup>111</sup> En el derecho constitucional brasileño, la ley nº 9.882/1999, que dispone sobre el proceso de la acción directa de inconstitucionalidad y de la acción declaratoria de constitucionalidad en el Supremo Tribunal Federal, en su artículo 11, par- 2º establece: “La concesión de la medida cautelar torna aplicable la legislación anterior acaso existente, salvo expresa manifestación en sentido contrario”. Y el artículo 27 faculta al Tribunal. “Al declarar la inconstitucionalidad de ley o acto normativo, e teniendo en vista razones de seguridad jurídica o de excepcional interés social, podrá el Supremo Tribunal Federal, por mayoría de dos tercios de sus miembros, restringir los efectos de aquella declaración o decidir que ella sólo tenga eficacia a partir de su tránsito en juzgado o de otro momento que venga a ser fijado”. Parece claro que la resolución que dé por inconstitucional una ley cuya eficacia haya sido suspendida, puede traer de volta al derecho una ley antes revocada por ésta ley objeto del proceso. Y los efectos *ex tunc* de la sentencia deberán retroceder a la data de la revocación.

finalmente, si los hechos han cambiado tanto o han devenido tan diferentes que han hecho que la regla anterior esté desprovista de toda justificación o de cualquier aplicabilidad, como en Burnet, *supra*, en la p. 412, voto particular de Brandeis”<sup>112</sup>.

Otro modo de apartarse del precedente es la técnica de aplicar distinciones dentro del marco delimitado por él, es decir, concretando dentro del principio general uno más concreto que justifica y permite al juez llegar a una solución diferente. Como dijo Alejandro Nieto, es el método más eficaz: Un juez que domine bien la técnica del *distinguishing* (de los distingos en buen castellano...) se libera fácilmente de la vinculación del precedente. Así que, si se elige cuestiones de hecho nuevas en el caso que se tiene enfrente y que no fueron objeto de consideración en el caso paradigma y se les considera relevante a la causa, es posible argumentar que se esté delante un caso diferente y, por tanto, huir de la regla vinculatoria. Es claro que, como dijimos antes, ello dependerá también de las posturas minimalista o maximalista con la que se trabaja y de una habilidad técnica de argumentación refinada.

Pero, ni siempre será posible o viable técnicamente proceder con distinciones en el campo fáctico. En esto caso sobra el recurso de promoverse una alteración de sentido en las palabras de las normas para englobar en ellas significados que modifican el sentido de la doctrina del precedente. Pero, en un límite todavía más anti-ético y enteramente reprochable es la práctica de torcer o alterar el sentido de la decisión tomada después de buscar un engarce en la argumentación, aunque resulte forzado, para, partiendo de esa conexión, llegar a una conclusión totalmente diferente y que no resulta congruente con el hilo argumental.

Debe decirse que referidos mecanismos, aunque sean más visibles en la *praxis* de la *Common Law*, no es con todo una característica exclusiva de aquél sistema jurídico. El hecho del patrón normativo ser del *case law* o de ley escrita no tiene relevancia a efecto de poder el juez o tribunal apartarse del entendimiento en él fijado; tanto el juez norteamericano cuanto un juez español o brasileño suelen utilizar en la *praxis* judicial los mismos expedientes argumentativos y estos últimos, en no raras veces, desplazan la aplicación de ley en casos concretos – o olvidan la jurisprudencia incluso constitucional – utilizando tales técnicas de distinciones, lícitas, por supuesto, y otras muy condenables, aunque partan de fuentes normativas igualmente vinculantes y sigan, o dicen seguir, métodos opuestos de interpretación.

### 5.5) Ventajas y desventajas del derecho jurisprudencial vinculante

Si se parte de la idea de que el valor de los precedentes radica en la seguridad jurídica que proporciona al sistema de *common law*, pero teniéndose en cuenta, de otra parte, la relatividad de su fuerza en la *praxis* de los tribunales, dada la aceptación de la flexibilidad que asegura la discrecionalidad judicial, parece lógico indagar ¿Cuáles las ventajas y desventajas de un derecho jurisprudencial vinculante?

En palabras de Toumin: “¿Cuál es, a fin de cuentas, el propósito esencial de ‘apelar a precedentes? Simplemente, ordenar la experiencia judicial del pasado para orientar la práctica judicial del presente. En los argumentos del *Common Law*, claro está, los enunciados fácticos nunca son igualados a los enunciados normativos. Nunca sería contradictorio decir: ‘se decidió así en un caso similar, pero no debe adoptarse tal decisión en el caso presente’. Más bien, el testimonio histórico de las decisiones pasadas crea

---

<sup>112</sup> Ídem, pp. 33-34.

presunciones vigentes para el futuro. Las comparaciones críticas con los dictámenes pasados establecen reglas presuntivas para futuras decisiones en casos similares; y estas reglas sólo son dejadas de lado cuando pueden aducirse razones específicas para refutar las presunciones así creadas. En realidad, en el foro de los tribunales es así como los argumentos del *Common Law* adquieren su fuerza obligatoria, cómo las consideraciones fácticas adquieren relevancia legal y cómo las decisiones históricas de tribunales anteriores sirven de precedentes judiciales”<sup>113</sup>.

Haremos a seguir un articulado en el intento de responder las cuestiones. Nos serviremos del estudio hecho por William Geldart, citado por Duro Moreno, de la jurisprudencia inglesa pero que tiene sustancial aplicación a la teoría del *stare decisis* norteamericana:

Entre las ventajas se cuentan las siguientes:

- a) La seguridad y la certidumbre (*certainty*) jurídicas que se derivan de la realidad incontestable de que a litigios esencialmente similares siempre correspondan sentencias sustancialmente idénticas, sin que importe demasiado el lapso de tiempo transcurrido entre ellas -al derecho inglés le ha costado casi mil años excretar el adagio *it is better that the law should be certain than the law should be just*-. En otras palabras: al no haber en la justicia casos irrepetibles, lo que de veras importa en la relación particular que se establece entre unos y otros es el razonamiento general subyacente que permite al juez de turno resolverlos por equivalencia o analogía. (Esta primera ventaja ofrece, además, el valor añadido de hacer de la justicia un fenómeno estable y previsible.)
- b) La posibilidad de desarrollo (*possibility of growth*) del derecho, propiciada por la generación incesante de nuevos precedente -vinculantes o persuasivos- surgidos al calor de las necesidades cambiantes de la comunidad jurídica. (Esta segunda ventaja presenta la virtud de dinamizar la justicia.)
- c) Una gran riqueza de detalles normativos de naturaleza jurisprudencial (*a great wealth of detailed case law rul"es*), favorecida por la adaptabilidad al caso concreto del derecho disponible. (Esta tercera ventaja posee el incentivo adyacente de contribuir a la exuberancia de la justicia.)
- d) El carácter práctico (*the practical character*) de las reglas jurisprudenciales aplicadas y aplicables por los jueces, sacadas en todas las ocasiones no de disquisiciones teóricas o reflexiones académicas, sino de casos verídicos sucedidos en el tráfico jurídico diario de la sociedad. (Esta cuarta y última ventaja tiene el mérito complementario de salvar el abismo dogmático que separaría la justicia especulativa de su praxis efectiva).

Las desventajas son las que figuran a continuación:

- a) La rigidez (*rigidity*) de las normas descendientes de la jurisprudencia, las cuales, una vez fijadas con la mediación de la regla del precedente, son difíciles de cambiar, aun cuando existan, y se sigan, los procedimientos de revocación (*reversal*) y rectificación (*overrule*). (Esta desventaja se erige, a guisa de obstáculo imponente, en el centro justo de la potestad discrecional de los jueces, quienes ven cercenadas con ella sus ansias de conferir al derecho que deben interpretar y aplicar la elasticidad y flexibilidad que tuvo el *equity* en sus primeros siglos de vida) .
- b) El peligro de las distinciones ilógicas (*the danger oi illogical distinctions*) originadas

---

<sup>113</sup> TOUMIN, Stephen *La comprensión humana*, Ed. Alianza Univ. Madrid, 1977, p.105 y 106, *apud* Angel FERNÁNDEZ SEPÚLVEDA, *Derecho judicial y justicia constitucional: una aproximación al tema*, Min. de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1985, p. 206.



por el ejercicio rutinario de la referida regla del precedente, el cual unas veces desemboca en callejones sin salida y otras tantas suscita conflictos normativos de engorrosa o inverosímil solución. (Esta desventaja es consecuencia de la desoladora atomización de la justicia inglesa en infinidad de causas enjuiciadas cuyas resoluciones obligatorias a veces divergen entre sí en lugar de convergir con coherencia).

c) El volumen y la complejidad (*bulk and complexity*) de la jurisprudencia, cuya riqueza de detalles -arriba indicada como ventaja- y prolijidad gráfica -en 1991 había más de dos mil volúmenes de casos repertoriados, y hoy en día son muchos más- hacen que el derecho sea, a ratos, una profesión hartamente ponderosa de aprender y aprehender" y, a ratos, una empresa irrisoriamente plomífera de despachar y hacer valer. (Esta tercera y última desventaja suele abocar al jurista profesional a una asfixiante, por inmanejable, masa de datos que antes o después, de manera invariable, termina por engullido).

Según Geldart, las ventajas arriba mencionadas superan con creces a las desventajas, aunque ello no significa, ni mucho menos, que éstas sean insignificantes o indignas de tener en cuenta. Para contrarrestarlas está la segunda gran fuente del derecho inglés: la ley<sup>114</sup>.

Cierto. Puede listarse ventajas y desventajas, pero la pregunta que sigue es: ¿ventajas en relación a qué? Si la respuesta pretende ser en relación al derecho europeo continental o de *civil law* la cuestión no haría sentido pues, en realidad, la bondad o maldad de la doctrina de precedentes vinculantes no puede ser analizada fuera de sus coordenadas jurídico-culturales<sup>115</sup>; quiere decir, la doctrina del *stare decisis* no es categoría jurídica parangonable con la jurisprudencia clásica del derecho de origen legislativa por la sencilla razón de que, mientras en esta la referencia de fuente jurídica es esencialmente la ley y no la jurisprudencia, en el *common law* el *stare decisis* es el centro de gravedad del derecho, aunque haya un derecho legislado que forma parte del derecho proveído por los tribunales.

De ahí que, si se pudiera proceder comparación entre las fuentes de los dos sistemas jurídicos habría que dejar apuntado que, mientras en el derecho continental europeo la ley es un parámetro por definición abstracto y de carácter general, en el derecho de *common law* el precedente, en cambio, es necesariamente un parámetro que se construye a partir de un caso concreto que va adquirir virtualidad en la medida que otros jueces y tribunales lo identifiquen con situaciones iguales o similares que justifique la misma solución jurídica.

Parece intuitivo, por tanto, que la abstracción y generalidad de la ley concretada por jueces y tribunales europeos ante la intermediación de los hechos no es igual a la jurisprudencia que crea la "ley" *con* los hechos. De ahí las diferencias lógicas que deben surgir entre un control de constitucionalidad que se base en un conflicto de la ley abstracta con la Constitución y un control que opera a partir de la interpretación que hace el juez de los precedentes enfrente a la Constitución.

---

<sup>114</sup> Ob. cit. pp. 249-253.

<sup>115</sup> Conforme ha dicho Leonor MORAL, "las diferencias en la organización judicial, en la teoría de las fuentes, en la cultura jurídica y en la práctica judicial apuntan hacia una diferenciación y uso también diferente entre ambos sistemas. Es un error metodológico adoptar una teoría, la de los precedentes anglosajones, que es extraña al sistema continental, para explicar un fenómeno como la referencia a sentencias anteriores. Y es un error porque difícilmente se podría así comprender (y menos reglar) una práctica que ha surgido al margen de una teoría (la del *stare decisis*) que es ajena a nuestros sistemas" (*El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 18, *apud* BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLES GARCÍA, Julio V., ob. cit. pp. 21-22).

## Capítulo II

### Orígenes, Desarrollo y Expansión del Modelo Europeo de Control de Constitucionalidad

#### Introducción

Ninguna investigación jurídica que pretenda conocer suficientemente su objeto puede prescindir de un mínimo estudio histórico, característica del Derecho como ciencia social, so pena de correr el riesgo de una reducción o deformación del objeto de comprensión<sup>116</sup> y de las reflexiones teóricas que se hagan a su respeto.

El proceso de formación de la justicia constitucional, como parte de todo el proceso histórico del constitucionalismo, puede considerarse a partir de antecedentes formalizados o no formalizados, próximos o más remotos, originados en la ley escrita o en los tribunales. Aparte de eso, el que sean los elementos relevantes o definidores en su conformación dependerá de los criterios y perspectivas de análisis estipulados por el investigador.

A título de antecedentes del control de constitucionalidad en Europa, ceñiremos nuestra investigación en relación a aquellos más significativos, como han sido apuntados por la mayoría de los doctrinadores, y que habrían contribuido para la formación de un sistema de control de normas en que se pudiera identificar algún rasgo teórico del modelo instituido en el inicio del siglo XX y ahora consolidado en grande parte de este continente.

El estudio del sistema de control de constitucionalidad español constituye objeto especial de atención a los efectos de la presente tesis, por ser representativo de una evolución muy perfeccionada de lo clásico modelo kelseniano, aunque con características peculiares, uno de los más actualizados en la nueva orden constitucional europea. Por ello su descripción se hará en capítulo propio.

#### 1) Una breve referencia histórica: del clásico precedente inglés a las Leyes Fundamentales en Francia

Estructurada y encomendada a órganos jurisdiccionales especiales, constituidos con finalidad y procedimientos especiales de control de las leyes, la justicia constitucional se ha formado concretamente en Europa en el período enmarcado entre los años 1918 y 1939<sup>117</sup>. Sin embargo, un sector de la doctrina apunta algunos rasgos históricos que remontan al inicio de los tiempos.

Conforme Fernández Segado: “la idea de defensa de un determinado orden supremo es casi consustancial a la historia de la humanidad e, incluso, en ella encontramos, lejanamente, algunos intentos de institucionalización en esta misma dirección. Tal sería el

---

<sup>116</sup> Conforme GARCÍA PELAYO, “Explicamos una cosa cuando conocemos sus causas, sea por vía de comprobación empírica, sea por vía de hipótesis todavía sin comprobar. Comprendemos algo cuando captamos su sentido, y captamos su sentido cuando lo vemos como miembro o exteriorización de una conexión total conocida, sea de un todo lógico (sistema de conocimiento), sea de un todo de valor (sistema axiológico), y a la que está unida en relación necesaria, de modo que fuera de tal conexión se nos hace ininteligible. (GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, pp. 17-18).

<sup>117</sup> CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad* (1918-1939), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

caso de los *Eforos apartenos* o del *Areopago* y los *Nomafilacos* en antigua Atenas, en donde también surgió la diferenciación entre las normas superiores (*Nomoi*) y los decretos ordinarios (*Psefismata*). Roma no sería ajena a esta preocupación, de lo que constituye buena prueba la existencia de instituciones tales como la doble magistratura, el Senado o el Tribunalado en la época republicana. En la Edad Media nos encontramos con la superioridad de la ley divina y del derecho natural sobre el derecho positivo. Y la gran escuela iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que va de Hugo Grocio a Jacques Rousseau, sustentaría la existencia de derechos innatos, inmanentes al ser humano, intangibles e irrenunciables, la existencia, en definitiva, de límites frente al *ius cogens*, proveniente del mismo legislador”<sup>118</sup>.

Pero, el antecedente jurídico más enfatizado por la doctrina es lo que nos viene, curiosamente, de Inglaterra, país que no posee constitución escrita y ni conoce el control de constitucionalidad del tipo Kelseniano; nos referimos a la famosa sentencia del juez Sr. *Edward Coke* en el caso del doctor *Bonhams*, en 1610. El doctor *Bonhams*, medico, hubiera sido prohibido del ejercicio de la medicina y encarcelado por una decisión del *Royal Collage of Physicians* y recurrió ante la *Court of Common Pleas*, que presidía Coke. Dos fueron los fundamentos de su decisión: lo primero sostenía que la jurisdicción del Real Colegio de Médicos no se extendía al caso; y el segundo que si la ley había atribuido al Colegio tal potestad la misma debía ser considerada nula. Afirmaba él: “Cuando una ley del Parlamento se oponga al derecho común o a la razón, el derecho común verificará dicho acto y lo sancionará con la nulidad”<sup>119</sup>.

Ese precedente judicial ha sido considerado por muchos, de un punto de vista jurídico-formal, como la raíz del control de constitucionalidad, so la base de que el Juez Coke hubiera situado la *common law* por encima del Parlamento atribuyendo a ésta un carácter de *fundamental law* del ordenamiento inglés<sup>120</sup> a través del cual se permitiría a los jueces controlar los actos del Parlamento, es decir, la defensa de la tradicional supremacía de la *common law*<sup>121</sup> frente al Parlamento, doctrina que más tarde iba influir en el

<sup>118</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La obsolescencia de la bipolaridad “modelo americano-modelo europeo-kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa*, Cortes de Castilla-La Mancha-Universidad de Castilla-La Mancha, año 2002, nº 06, anuario Parlamento y Constitución, p.10.

<sup>119</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución*, en *Derecho Procesal Constitucional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), Tomo IV, 4ª ed., Edit. Porrúa, México, 2003, p. 3343.

<sup>120</sup> Señala GARCÍA-PELAYO que para Coke el *common law* constituye el fundamento del sistema constitucional británico; que el Estado británico está compuesto de modo principal por tribunales; el mismo Parlamento era un tribunal y sus acuerdos debían estar sujetos a la prueba del *common law*. El Derecho es supremo y su base es el *common law*. La conclusión práctica de este principio era la negación de que la prerrogativa fuera un ilimitado poder discrecional, sino un poder encuadrado en el *common law*; es decir, limitado, aunque peculiar y excepcional. Consecuencias: a) el rey no podría juzgar más que a través de los jueces, ‘de acuerdo con el Derecho y la costumbre de Inglaterra’ (*Case of Prohibitionis*, 1607); b) que el rey carecía de poder para alterar el Derecho del país y especialmente crear nuevos delitos (*Case of Proclamations*). (GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 262).

<sup>121</sup> El *common law* esta formado por un conjunto de normas que proceden de la jurisprudencia de los Tribunales y que versan sobre materias que no han sido objeto de regulación legal. El *statute law* lo formarían aquellas leyes que, sin ser dictadas como leyes constitucionales, la conciencia colectiva las ha venido considerando como tales por la importancia de su contenido. Entre leyes constitucionales y las que no lo son, es imposible distinguir técnicamente, pues proceden ambas de la misma fuente: el Parlamento y son elaboradas y modificadas de la misma forma. Admite la doctrina, con todo, que las más remotas, las que poseen rango constitucional, tuvieron su origen en un pacto entre la Corona y el Parlamento. (Cfr. LÓPEZ ULLA, Juan Manuel, *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 28).

pensamiento de los juristas de las colonias inglesas de los territorios de América del Norte<sup>122</sup>, como hemos visto.

El significado de ésta decisión como verdadero germen del control jurisdiccional de constitucionalidad, sin embargo, no esta exento de refutación. En efecto, conforme revela Acosta Sánchez, diversos problemas suscitados en aquél pasaje, incluso acerca de los precedentes que Coke utilizó, fueron investigados por constitucionalistas norteamericanos e ingleses, los cuales han concluido que “no hay base histórica sólida para hallar ningún tipo de precedente de la *judicial review* en la práctica británica”, ya que los jueces reconocían el rango superior del *statute* aprobado por el Parlamento “y la universal obediencia debida al mismo”<sup>123</sup>.

En definitiva, si Coke reconocía la soberanía del Parlamento, como antes él mismo ya hubiera declarado expresamente, su doctrina no puede situarse en las raíces del control judicial de la ley, puesto que la esencia de dicho control es la limitación del legislador<sup>124</sup>.

Ahora bien, no obstante el contexto y aparte de la motivación que generaron el precedente, lo cierto es que las ideas de que las normas poseen diferentes grados jerárquicos –pese a no haber jerarquía formal entre *statute law* y *common law*- y que el monarca, como fuente del poder, se somete al imperio de normas consideradas fundamentales, bien como el significativo hecho de que tal competencia para enjuiciar la conformidad de las leyes ordinarias con esas normas fundamentales o de grado superior, incardinado en el *common law*, radica en un poder judicial independiente del Parlamento pudiendo anularlas, representaron aportaciones valiosas e inéditas para la época, siendo elementos importantes y presentes en el pensamiento hoy vigente sobre el control de constitucionalidad, aunque se pueda matizar la importancia y las consecuencias de referido hecho histórico y mismo que solo se le reconozca como una excepción al dogma de la supremacía parlamentaria inglesa que todavía perdura hasta los días de hoy<sup>125</sup>.

Dos documentos escritos son referidos por la doctrina como los que plantean por primera vez, en Inglaterra, la limitación constitucional del poder legislativo – y no en el pensamiento de Coke- ya en la lógica del sometimiento del legislador a la voluntad soberana del pueblo o nación expresada en una ley fundamental: *el Agreement of the people*, de 1648, y *el Instrument of Government*, de 1653, ensayos de Constituciones escritas. Decía el artículo 6 del primero: “Sexto. Ningún cuerpo representativo podrá en modo alguno vulnerar o secuestrar los fundamentos de este Pacto [...]. Y el 9: “Noveno. Las leyes, ordenanzas, estatutos y cláusulas de cualquier ley, ordenanza o estatutos, contrarias a las libertades aquí consagradas [...] deberán ser rechazadas y anuladas”. Y en

---

<sup>122</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La obsolescencia de la bipolaridad “modelo americano-modelo europeo-kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa*, Cortes de Castilla-La Mancha-Universidad de Castilla-La Mancha, año 2002, nº 06, anuario Parlamento y Constitución, pp.10-11.

<sup>123</sup> ACOSTA SÁNCHEZ, José, ob. cit p. 36.

<sup>124</sup> Coke había afirmado antes: “el Parlamento inglés es el depositario del poder supremo, al que ni las personas ni las cosas pueden poner límite”, cfr. James Bryce, a fines del siglo XIX. (ACOSTA SÁNCHEZ, J., ob. cit. pp. 36-37).

<sup>125</sup> Diversas fueron las interpretaciones de esta doctrina; para los colonos americanos, en vista de su significado político, ha sido muy bien recibida, mientras en Inglaterra se decía, entre otros argumentos utilizados, que: “Coke luchaba por aclarar el concepto de una ley o constitución básica, pero se perdía, una y otra vez, en conceptos medievales, que, por entonces, estaban muy vivos en el derecho inglés”. Otros autores, en cambio, han visto en la postura de Coke una actitud conservadora, llegando, inclusive, a calificar al Justicia Mayor de “reaccionario” (PÉREZ TREMP, Pablo, *Tribunal Constitucional y poder judicial*, CEC, Madrid, 1985, pp. 19-20).

su ‘redacción definitiva’ era contundente: “Ningún Parlamento tendrá poder para alterar o suprimir parte alguna del Pacto [...]. Si prevaleciendo de su autoridad un Parlamento intentara destruir este Pacto, todo diputado que no manifieste su disconformidad incurrirá en la pena prevista para la alta traición y se procederá en consecuencia [...]. Todas las leyes presentes o futuras contrarias a cualquiera de las partes de este Pacto son nulas”<sup>126</sup>.

Pese a que las ideas de Coke tuvieran innegable importancia, sus efectos fueron borrados por la “Gloriosa revolución” y el constitucionalismo revolucionario acaba por implantar, junto a la subordinación del legislador, la restricción del *common law* por ser considerada una base peligrosa. El *Bill of Right* (1689) derribaría audazmente diversas partes del mismo, abriendo camino hacia otra teoría, la de la supremacía del legislativo<sup>127</sup>.

En Francia, la formación del concepto de leyes fundamentales del Reino, que conforme A. Lamairie toma carta de naturaleza en 1576, es una vertiente considerada confusa en cuanto al origen del control de constitucionalidad de las leyes y problemática, la definición de sus fuentes, naturaleza y su cantidad. Era considerada formada por la costumbre, en tanto tutora de la institución regia, para la cual se fueron configurando unas disciplinas estatutarias que le permitió ir dando, lentamente, a la corona una personalidad jurídica distinta de la de su titular. Nunca hubo una lista oficial de ellas y, salvo en relación a las tres primeras y principales – la de la Monarquía hereditaria, la Ley Sálica y la de la catolicidad -ni una codificación a tal cuerpo jurídico que ha sido considerado, hasta 1789, como Constitución no escrita de Francia<sup>128</sup>.

El concepto de leyes fundamentales, además de su fuente histórica, tenía fuente doctrinal en el pacto originario entre el rey y el pueblo, contrato político o pacto de sujeción que remontaba al siglo XI, y se originaba en la necesidad política del Papado de someter a los reyes<sup>129</sup>, lo que exteriorizaba el compromiso del rey de respetar las leyes fundamentales. Así que el nexo entre la doctrina del contrato político y la concepción constitucional de las leyes fundamentales<sup>130</sup>, conforme ha puesto de relieve Acosta Sánchez, “alumbra la tesis que localiza en la práctica judicial de los Tribunales superiores franceses (*Parlements*) un precedente indudable del control de constitucionalidad de las leyes, en concreto de la *judicial review* norteamericana. Ello a partir de que fue considerado ley fundamental de la monarquía francesa el llamado “derecho de registro” de los edictos regios por aquellos tribunales, sobre todo, por el de París, lo que representaba sin duda una forma de control judicial sobre la legislación del rey.

Suprimido tal derecho de registro por Luis XIV y restaurado tras su muerte, en 1715, los Parlamentos se presentan como los depositarios de las leyes fundamentales del reino. En la segunda mitad del siglo, el derecho de registro es exaltado y en 1772 es considerado como “una ley fundamental positiva, contenida en el pacto expreso o tácito del

---

<sup>126</sup> BATAGLINI, *Contributo allo studio comparato del controllo di costituzionalità: I paesi che noon hanno controllo*, en Revista Trimestrale di Diritto Pubblico, 3, 1962, p. 753, *apud* ACOSTA SÁNCHEZ, J., ob. cit. p. 39.

<sup>127</sup> *Idem*, p. 39.

<sup>128</sup> ACOSTA SÁNCHEZ, J., ob. cit. p.44.

<sup>129</sup> M. BLOCH, *Les Rois Thaumaturges*, Paris, edic. de 1961, p. 121: “Bajo el papa Gregorio VII – en la gestación del movimiento gregoriano-, un monje alsaciano, Manegold, sienta en el año 1085 en un libro que todo rey puede ser depuesto justamente si rompe el pacto con el pueblo que lo ha hecho rey”, *apud* ACOSTA SÁNCHEZ, J. ob. cit. p. 45, nota 52.

<sup>130</sup> “Desde el siglo XVI en Francia se distinguía entre las “leyes del Reino” y las “Leyes del rey”; las primeras recibían la denominación de “leyes fundamentales”. Según DUGUIT, “el rey, legislador ordinario, no podía modificar o abrogar estas reglas (del rey) sino era con consentimiento de los Estados generales” (León DUGUIT: *Traité de droit constitutionnel*, Ancienne Librairie Fontemoing, Sirey, Paris, 1923, p. 691), *apud* LÓPEZ ULLA, Juan Manuel, ob. cit. p. 50, nota 92.

Soberano con la Nación”, lo que tendría significado la versión más moderna del pacto político en que la nación ha sustituido el pueblo como titular de la soberanía originaria, tras un interesante proceso de evolución semántica<sup>131</sup>.

El poder de los altos tribunales (Parlamentos) en la Francia del siglo XVIII, visto entonces como único órgano capaz de controlar el poder regio, figurara como el intento de instituir una forma de jurisdicción constitucional que tomara cierto cuerpo. Pero la actitud obstruccionista de los *Parlements* derivó en un “horror a la jurisprudencia”: el término “jurisprudencia – diría Robespierre – debe borrarse de nuestra lengua [...]. En un Estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley”. Dicho y hecho, afirma López Ulla: “el poder de los *Parlements* quedó suprimido por la ley de 16 y 24 de agosto de 1790, año en el que se creó el Tribunal de Casación, institución que, dependiente del Poder Legislativo – por tanto de naturaleza política – surgió con el principal objeto de controlar y prevenir cualquier actividad judicial creadora de derecho, protegiendo a la ley en su sentido más jacobino y roussoniano, y velando porque los jueces se limitaran a cumplir el papel de poder neutro que Montesquieu les había asignado”<sup>132</sup>.

Sin embargo, el precedente francés de la *judicial review*, para Acosta Sánchez, aventaja a los presuntos precedentes ingleses en un punto relevante: mientras en Inglaterra no puede tenerse en pie la tesis de una actuación de los tribunales hacia un cierto control de las leyes del Parlamento, sino que sólo se registra la polémica doctrina de Coke en el XVII y el vago casuismo del XVIII, en Francia goza de una cierta institucionalización la práctica del registro judicial de las normas dictadas por el rey.

Pero, la institución de una Justicia Constitucional en Europa tardará un siglo en relación al *judicial review*, puesto que no fructifican las primeras tentativas en tal sentido. En 1795, por ejemplo, Sieyès propone la creación del *Jurie Constitutionnaire* que, en realidad, era una propuesta de control político, no jurisdiccional, aunque los actos que declararía este órgano serían nulos.

## **2) El Control de constitucionalidad en las primeras constituciones europeas: el intento de un control en la Constitución Suiza de 1874**

En términos constitucionales es en la Constitución suiza de 1874 donde encontramos un primer intento de control que, incorporando algunos institutos de manera escasa y no sistematizados, suponen los primeros pasos en dirección al que mucho más tarde vendría ser el llamado sistema europeo. En efecto, tras la revisión de la Carta de 1848 ocurrida en 1874, se instituye un modelo de control de constitucionalidad autónomo, concentrado y con efectos generales de la constitucionalidad de las leyes, a través del cual sólo las leyes cantonales, y no las federales, podrían ser objeto de control en aquella federación. En este ordenamiento conviven estrechamente la garantía política (garantía federal, garantía política de algunos derechos fundamentales) con la garantía jurisdiccional (recurso y reclamación de derecho público), el control concentrado por el Tribunal Federal y el control difuso por todos los tribunales de justicia incluido el mismo Tribunal Federal; el control represivo (recurso de derecho público) con el control preventivo (reclamación de derecho público, en algunas de sus posibilidades)<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> ACOSTA SÁNCHEZ, J., ob. cit. 46.

<sup>132</sup> LÓPEZ ULLA, Juan Manuel, ob. cit. p.50.

<sup>133</sup> CRUZ VILLALÓN, Pedro, ob.cit.68.

Una de las características *sui generis* de este sistema es que las leyes federales, que son exentas de control, sirven de parámetro de control para las leyes cantonales. Tales peculiaridades hacen del modelo suizo, conforme ha sostenido Cruz Villalón, “un modelo no exportable”, funcionando, para efectos de derecho comparado, como “una lección de complementariedad de ordenamiento constitucional y sistema constitucional, entre los institutos constitucionales y el sentido de la Constitución”<sup>134</sup>.

Algo semejante hubiera ocurrido en la Constitución Alemana de 1871, cuyo artículo 2 consagrara la primacía de las leyes del *Reich* sobre el derecho de los *Länder*, por lo cual, conforme López Ulla, se interpretó unánimemente que los jueces podían controlar la constitucionalidad de éstas últimas, aunque no de las primeras<sup>135</sup>.

## 2.2) El control en la Constitución de Weimar

En la Constitución Alemana de 1919, en principio son importantes los avances producidos. Se trataba de una jurisdicción que tenía por objeto la resolución de conflictos entre los *Länder* y el *Bund*, y entre los órganos federales; por tanto, su finalidad no era controlar la constitucionalidad del derecho federal sino el derecho de los *Länder*. No obstante, por efecto del artículo 13 de la Constitución, que contenía una cláusula de prevalencia casi idéntica a la de la Carta de 1871, los jueces pasaron a controlar no sólo la constitucionalidad de las leyes de los *Länder* sino también las leyes del *Reich* dada la circunstancia de que el dispositivo omitía cualquier referencia a estas últimas leyes<sup>136</sup>.

El objeto de control de constitucionalidad, tal como hemos señalado, era un precepto de los *Länder* que, a su vez, estaba sometido al derecho del *Reich* frente al cual, en el caso de dudas intervendría una autoridad central competente del *Reich* o el tribunal supremo. Esta fórmula de solucionar los conflictos implicaba la verificación de la constitucionalidad del derecho del *Reich* antes de declarar la incompatibilidad del derecho del *Länder*, según el entendimiento prevaleciente, de esa forma, la actividad controladora debía de desarrollarse respecto del derecho del *Reich* en su conjunto, con su Constitución a la cabeza y si de ese examen resultaba que el precepto del *Land* no contradecía lo dispuesto en la Constitución del *Reich*, no habría más remedio que declarar la compatibilidad del precepto del *Land* con el derecho del *Reich*, por más evidente que fuera su contradicción con un precepto infraconstitucional del *Reich*.

---

<sup>134</sup> Idem, p. 69.

<sup>135</sup> El referido Art. 2 disponía: “Dentro del territorio de la federación, el *Reich* detenta la potestad legislativa en los términos de esta Constitución, y con el efecto de que las leyes del *Reich* prevalecen sobre las leyes de los *Länder*.” La cláusula de prevalencia ya se había contemplado en el Art. 66 de la Constitución de 1849, y volvería a recogerse en la de 1919. La Sentencia del *Tribunal del Reich* de 17 de febrero de 1883 rechazó la posibilidad de un control judicial sobre la constitucionalidad de las leyes del *Reich*. (LÓPEZ ULLA, Juan Manuel, *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 39-40).

<sup>136</sup> Sólo hubo dos declaraciones de inconstitucionalidad. La primera por Sentencia del Tribunal Económico del *Reich* (*Reichsfinanzhof*), de 23 de marzo de 1921, que declaró la competencia de los tribunales de justicia para controlar la constitucionalidad formal y material de las leyes del *Reich*. La segunda fue por sentencia del Tribunal del *Reich* (*Reichsgericht*), de 5 de noviembre de 1925, y se pronuncia en el mismo sentido (‘Puesto que la Constitución no contiene ningún precepto, en virtud del cual la decisión acerca de la constitucionalidad de las leyes del *Reich* fuera sustraída a los Tribunales, hay que reconocer el derecho y el deber del juez de controlar la constitucionalidad de las leyes del *Reich*’). Ésta sería, para CRUZ VILLALÓN, el *Marbury vs. Madison* de la CW. Pero, conforme este autor ha subrayado, “si de tal contraste resultara la inconstitucionalidad del derecho del *Reich*, una declaración tal nunca se hubiera podido contener en el fallo, sino que hubiera habido que deducirla de su fundamentación, ya que la Constitución en este punto era explícita: el *Reichsgericht* sólo podía juzgar el derecho de los *Länder*, no el derecho del *Reich*, de ahí tratarse de un ‘control reflejo’”. (LÓPEZ ULLA, Juan Manuel, ob. cit. pp-40-41).

El hecho de que la Constitución de Weimar omitía cualquier referencia al control de constitucionalidad material de la ley suscitó intenso debate en la doctrina en torno a los fundamentos de dicho control, habiendo prevalecido entre varios autores el sentido que veía en el principio de la igualdad expreso en el párrafo primero del artículo 109 de aquella Carta no sólo un sentido formal, sino también, y primigeniamente, como un principio material que habla de vincular al propio legislador.

El complicado sistema de justicia constitucional en esa Constitución se desglosaba en dos frentes distintos: por un lado se otorgaba competencia a un tribunal constitucional para resolver conflictos entre el *Reich* y los *Länder* y entre los órganos de ambas instancias estatales y, por otro, correspondía al Tribunal Supremo la fiscalización de la constitucionalidad de las leyes de los *Länder*, cuyo modelo, conforme apunta la doctrina, ha sido destruido y su destrucción va unida a la del Estado de Derecho en manos del nazismo, destrucción a que contribuyó, sin duda, el Tribunal Constitucional con su sentencia de 25 de octubre de 1932, sobre el golpe de Estado contra Prusia de 20 de julio del mismo año<sup>137</sup>. La experiencia bajo la Constitución de Weimar, pese a la manifestación de una serie importante de “líneas de penetración”, ha sido de poca contribución práctica a la jurisdicción constitucional siendo contundentes las críticas a la judicatura, que tanto hubiera contribuido a la idea del Estado de Derecho y, no obstante, hubiera dejado mucho a desear durante la República de Weimar.

Sin embargo, Cruz Villalón, en una amplia investigación que ha realizado sobre la formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, considera que el período de la Constitución de Weimar en la historia del control de constitucionalidad representa la fase de “incubación” y que ésta, a diferencia de Austria o de Checoslovaquia, carece de un modelo sistemático, coherente y global, pero el control de normas fue vivido a lo largo de trece años como problema teórico y práctico.

Sin duda será la Constitución Austriaca de 1 de octubre de 1920, la que consagraría los lineamientos estructurales del control constitucionalidad de las leyes y actos normativos con fuerza de ley de una manera consistente y que tendrá la mayor trascendencia en el continente europeo, gracias al ingenio de su gran jurista Hans Kelsen. Pero, meses antes, precisamente el 29 de febrero de 1920, Checoslovaquia iría instituir su modelo de control de constitucionalidad.

### **2.3) El control en la Constitución de Checoslovaquia**

Tras su independencia de la monarquía austro-húngara, la incorporación de Eslovaquia a los territorios checos, con la aprobación de su Constitución, la República Checoslovaquia diseña el primero de los sistemas de control de constitucionalidad creando un Tribunal *ad hoc* que conoce de forma exclusiva y excluyente, con efectos generales, de la constitucionalidad de las leyes.

En síntesis, el control era abstracto y represivo y tenía como objeto tanto las leyes del Estado como las del territorio autónomo de Rusia subcarpática, cuya sentencia tendría efectos *ex nunc*, pero el procedimiento era bastante restringido. Sólo en los tres primeros años de su existencia podría la ley ser impugnada y, en cuanto a legitimación, sólo los tres Tribunales Superiores del Estado (Tribunal Supremo, Tribunal Supremo Administrativo y Tribunal Electoral) y las tres Asambleas legislativas (las dos cámaras del Parlamento nacional – Cámara de los Diputados y Senado- y la Dieta cárpatorussa) estaban

---

<sup>137</sup> PÉREZ TREMPs, Pablo, ob. cit. p. 46.



legitimados. Los Gobiernos centrales y del territorio no eran admitidos a postular el control y, en cuanto a éste último y en lo que se refiere a la autonomía, sólo la asamblea legislativa *cárpatorussa* lo tenía. Tal restricción tornaba impensable que el control pudiera ser suscitado por los propios autores de las leyes<sup>138</sup>.

Un dato fundamental – que ciertamente contribuyó para la funcionalidad del sistema – era la exigencia de cinco votos del total de siete para declarar la inconstitucionalidad de una ley por el Tribunal, cuando en relación a los demás acuerdos se exigía la presencia de cinco miembros y decisión por mayoría simple con voto de calidad del Presidente. De este modo, enseña Cruz Villalón, “la garantía de la constitucionalidad de las leyes quedaba encomendada exclusivamente a la iniciativa de los tribunales superiores del Estado; éstos, sin embargo, practicaron un sistemático retraimiento en relación con esta fundamental misión”<sup>139</sup>.

En el periodo de dieciocho años de su existencia formal, el Tribunal Constitucional Checo sólo llegó a dictar el control de algunas “disposiciones legislativas interinas” en el año de 1922<sup>140</sup>, no llegando a ser resueltas las dos únicas impugnaciones – referentes a leyes de delegación – que se tiene noticias. Por ello se dice que “el control de constitucionalidad inaugurado por la Constitución de 29 de febrero de 1920 no llegó a funcionar bajo la I República checoslovaca”.

## 2.4) En la Constitución Austriaca de 1920

La Constitución austriaca de 1920 reflejaría la posición absolutamente contraria de Kelsen a la teoría de “la comunidad del pueblo”, tal como ha sido manifestada en el referido congreso de Münster cuando, contestando a Kaufmann, dejó constancia de los peligros que conducía el romanticismo jurídico asentado en una función de intuición sentimental del espíritu jurídico de la comunidad popular: al triunfo del subjetivismo radical.

El autor, considerado como el padre del modelo europeo de control de constitucionalidad, parte de la idea de la prelación entre las normas que integran el ordenamiento jurídico del Estado. En el vértice de su pirámide normativa sitúa a la Constitución, norma que establece los criterios de creación de las normas jurídicas generales por los órganos superiores del Estado. Para preservar su superior jerarquía este autor instaura un órgano *ad hoc* que denomina Tribunal Constitucional, que para desempeñar correctamente este papel de guardián de la Constitución habría que actuar con independencia respecto de los poderes estatales productores de derecho, principalmente del Parlamento y del Gobierno, pero también de los tribunales, ya que para él la jurisprudencia también era fuente de derecho. Para Kelsen los Tribunales hacen algo más que declarar o constatar el derecho contenido en la norma general: la sentencia judicial también es

---

<sup>138</sup> Ídem, pp. 286-287.

<sup>139</sup> Ídem, p. 391.

<sup>140</sup> Conforme CRUZ VILLALÓN, “ninguno de los legitimados impugnó la constitucionalidad de ley alguna o, cuando lo hizo, el Tribunal ya no estaba constituido (el Tribunal, al agotarse el período de nombramiento de los magistrados, éstos no son renovados por parte de los órganos obligados a ello, con lo que el Tribunal queda de hecho suprimido o suspendido. Y sólo en 1938 volvió a ser constituido, pero para ser testigo del desmantelamiento del régimen constitucional); la sentencia de 7 de noviembre de 1922 se refería a un control preceptivo de la disposición legislativa de la Diputación Permanente por la que se abordaban los problemas relativos a la incorporación a Checoslovaquia de los pequeños territorios de *Weitra* y *Feldsberg*, que Austria se ha visto obligado a cederle. El Tribunal ha declarado constitucional la norma por entender que, pese a la prohibición constitucional de delegación, en ella no había una delegación al Gobierno de la potestad legislativa. (ob. cit. pp. 290-297).

constitutiva de derecho; es una norma jurídica individual que es continuación del proceso de creación jurídica de lo general a lo individual<sup>141</sup>.

La concepción del Derecho como ordenamiento, como un sistema, como unidad lógica, es llevada hasta sus últimas consecuencias por Kelsen. De ahí que la justicia constitucional se concibe precisamente como “garantía jurisdiccional de la Constitución”.

Por tanto, en su concepción originaria el modelo de control de constitucionalidad, conocido como “europeo”, de “control concentrado” o “de control abstracto”, tenía las siguientes características: a) la inconstitucionalidad de las leyes sólo podía ser verificada por un *órgano creado al efecto* para realizar esta función; b) el control sólo podía llevarse a cabo una vez que la *norma* hubiese sido *promulgada*, por eso se habla de control *represivo* o *a posteriori*; c) el objeto de la verificación de constitucionalidad, a diferencia de las Constituciones europeas predecesoras en las que nos hemos detenido antes, eran tanto las *normas federales* como las *de los Länder*; d) el control no surgía como un incidente en un proceso sino que la impugnación de la norma se realizaba con *abstracción* de su aplicación a cualquier caso concreto; e) la declaración de inconstitucionalidad tenía *efectos erga omnes*.

Además de tales características, en este diseño original el control de constitucionalidad de las leyes sólo surge a *instancia* de *sujetos determinados*, no a instancia de los jueces, a los cuales no sólo estaba vedada la competencia de controlar la constitucionalidad de las leyes sino que tampoco tenían la legitimidad para plantear referido control al Tribunal Constitucional. El artículo 140 de la Constitución, en su párrafo primero preceptuaba que “el Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) conocería de la inconstitucionalidad de las leyes de un *Land* a instancia del Gobierno federal, de la inconstitucionalidad de las leyes federales a instancia de un Gobierno de un *Land*, así como de oficio en la medida en que una de estas leyes [fueran] presupuesto de una sentencia del Tribunal Constitucional”<sup>142</sup>. Por tanto sólo los ejecutivos de los *Länder* (*Landesregierungen*) o el federal (*Bundesregierung*) y el propio Tribunal Constitucional estaban legitimados para impugnar una ley, pese a que, en relación a esto último tal impugnación sólo podría surgir cuando el Tribunal, en el ejercicio de sus competencias, dudase de alguna de las leyes que tuviera que aplicar<sup>143</sup>.

Esa característica central del llamado modelo kelseneano puro, de *legitimación restricta* a los órganos ejecutivos, iba cambiar nueve años más tarde, con la reforma de 1929, cuando una nueva redacción a lo referido artículo 140 de la Carta de 1920 introdujo la ampliación para recurrir, a cualquier momento, las leyes ante el *Verfassungsgerichtshof* (VfGH), por vicios de inconstitucionalidad, al Tribunal Supremo (*Oberster Gerichtshof*) y al Tribunal de Justicia Administrativa (*Verwaltungs-gerichtshof*)<sup>144</sup>.

Otro dato importante introducido por la reforma de 1929 es lo que atañe a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. De la caracterización del Tribunal Constitucional como legislador negativo, como concibiera Kelsen, la ley seguía siendo válida hasta tanto no hubiera sido declarada inconstitucional, lo que significaba decir que los efectos sólo operaban *ex nunc*, es decir, no tendrían efectos retroactivos. Ese carácter

<sup>141</sup> LÓPEZ ULLA, Luis, ob. cit. p. 43.

<sup>142</sup> Idem, p. 44.

<sup>143</sup> Idem, p. 45. Conforme señala el autor, es éste el primer antecedente de lo que hemos conocido con posterioridad en el derecho español como “autocuestión de inconstitucionalidad” que tiene su origen en el recurso de amparo.

<sup>144</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, ob. cit. p. 24.

simplemente negativo del tribunal como legislador sería matizado por el propio Hans Kelsen.

Por ahora limitamos nuestra análisis a este primer período de formación de lo que es considerado el modelo puro de control de constitucionalidad europeo, concluido con la disolución del Tribunal Constitucional austriaco el 13 de marzo de 1938, tras la anexión de Austria por Alemania<sup>145</sup>. Pero, antes debe dejarse apuntado que, finalizada la conflagración mundial y la restauración de la Constitución austriaca, por ley constitucional de 1 de mayo de 1945, y posteriormente del Tribunal Constitucional austriaco, por ley de 12 de octubre del mismo año, algunas modificaciones han sido introducidas en la Constitución, entre las que cabe destacar la del artículo 140, extendiéndose la legitimación judicial para acudir al Tribunal Constitucional, antes reservada sólo al Tribunal Superior de Justicia y al Tribunal Administrativo de Justicia, a todos los jueces de segunda instancia<sup>146</sup>.

### 3) El Control de Constitucionalidad tras la Segunda Guerra Mundial

#### 3.1) La expansión del modelo concentrado en Tribunales *ad hoc* y la articulación con la jurisdicción común

Terminada la Segunda Guerra Mundial, el constitucionalismo alemán, sacudido por las trágicas experiencias bajo Weimar y el ilegítimo régimen nacionalsocialista, empieza un movimiento de reconstrucción política que se materializa en la Carta de 1949, cuya misión está centrada en los pilares de la dignidad de la persona humana, la separación de poderes y la fuerza normativa de la Constitución. Referido sistema, gracias al papel impulsador del Tribunal Constitucional Alemán y, posteriormente, italiano, se ha convertido en un fenómeno que habría de contagiar positivamente a diversos países y provocar una franca expansión de la justicia constitucional en muchas constituciones alcanzando, incluso, a algunos países socialistas<sup>147</sup>.

Factores diversos son apuntados por la doctrina para la explicación de este impulso formidable en dirección al fortalecimiento del Estado de Derecho<sup>148</sup>; factores

---

<sup>145</sup> El Tribunal del Imperio se tornara, en el momento de la fundación de la República (1918-1919), en Tribunal Constitucional, regulándose en los artículos 137 y 148 de la Constitución federal, desempeñando sus funciones hasta el cambio que afectó la forma de gobierno en 1934, cuando sus competencias y su estructura orgánica fueron modificadas. Después de que Austria fuese anexada por Alemania, el 13 de marzo de 1938, la jurisdicción constitucional quedó suprimida, siendo restaurada cuando este país recuperó su independencia en 1945. (Cfr. ERMACORA, Félix, ob. cit. p.270).

<sup>146</sup> Idem, pp. 46-47.

<sup>147</sup> Dicha expansión, considerada la segunda “ola” afecta a Austria, en 1945 (que reimplanta su Jurisdicción constitucional), Italia, en 1948, Alemania, en 1949, Turquía, en 1961, Yugoslavia, en 1963, y, en cierto modo Francia, en 1959; la tercera “ola” se produce en los años setenta y principios de los ochenta del siglo XX con la creación de los tribunales constitucionales portugués, en 1976, español, en 1978 y Belga, en 1983, y, en cierto sentido, el Tribunal Especial Superior griego, en 1975. Una cuarta “ola” sería representada por la instauración de la justicia constitucional en los países de Europa Central y Oriental que habían pertenecido al bloque del Este, iniciada por Polonia, en 1985 y seguiría tras la caída del Muro de Berlín en 1989 hasta la mitad de los años noventa. (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, ob. cit. p. 30).

<sup>148</sup> El profesor CASCAJO señala las siguientes razones como explicación de la gran difusión de la justicia constitucional: “1)superación de la primitiva concepción mecanicista de la separación de poderes; 2)difusión de las estructuras constitucionales rígidas y descentralizadas; 3)fuerza expansiva de la *judicial review* norteamericana; 4)disfunciones y transformaciones sufridas por el Parlamento; 5)crisis del positivismo legalista; 6)paso de la soberanía parlamentaria para la soberanía de la Constitución; 7)búsqueda de una protección más eficaz de los valores constitucionales”. (*La jurisdicción constitucional de la libertad*, REP n° 199, 1975, pp. 151-153, *apud* PÉREZ TREMPES, P., ob. cit. p. 97).

dominantes y determinantes<sup>149</sup>. Entre los primeros se puede destacar, tras los efectos de la más cruel de todas las Guerras, tal como apunta Acosta Sánchez, la fuerte influencia de los Estados Unidos, principal potencia ocupante de los países europeos sometidos al nazismo y al fascismo, incluso en lo que toca al control del legislador; y entre los factores determinantes, innegablemente el proceso de revitalización de los derechos humanos unida a la firme reimplantación del principio de la soberanía popular, que opera con gran fuerza después de 1945, lo que ha desembocado en la constitucionalización de derechos fundamentales en diversos estados europeos y en su internacionalización con la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre por la ONU en 10 de diciembre de 1948 y la Convención Europea de Derechos humanos el 4 de noviembre de 1950, en el marco del Consejo de Europa.

La llamada crisis del positivismo –que colocara en causa incluso la teoría normativa de Kelsen- y el restablecimiento de los Estados federales y desarrollo del Estado regional en Europa están entre los factores determinantes de ese proceso que resultaría en la exigencia y expansión de una jurisdicción constitucional comprometida, de un lado con la afirmación de los valores fundamentales, y de otro, con la estrategia de control de normas y del llamado *indirizzo político*. La experiencia de que la propia ley puede degradarse a instrumento de la injusticia unida a un renacimiento de la doctrina del Derecho Natural contribuyó a desmontar viejas resistencias al control de normas y la labor del Tribunal Constitucional, no sólo en Alemania sino en muchos otros Tribunales creados pos Segunda Guerra, han dado pruebas rotundas de efectividad justificando la afirmación de la imperiosa necesidad de la jurisdicción constitucional<sup>150</sup>.

Si entre las declaradas razones por las que se instituyera el modelo de control de constitucionalidad concentrado, confiando la misión a tribunales especiales o *ad hoc* y no a órganos del poder judicial, se argumenta con la tesis del *legislador negativo* y se califica la actividad del órgano constitucional como de colaboración con el legislador, en el período pos Segunda Guerra, *aquella concepción cambiará radicalmente* tras la experiencia de que el legislador pueda ser la mayor amenaza para libertad.

<sup>149</sup> ACOSTA SÁNCHEZ, J., ob. cit. pp. 176-184, apunta ampliamente estos factores. Entre los determinantes, cita el magisterio de diversos autores en los siguientes términos: “La consecuencia inmediata y esencial de la gran catástrofe que representó para la humanidad la mayor de todas las guerras conocidas fue una recuperación del Derecho natural. El cual, se cree, “no ha faltado nunca en imponerse, a manera de referencia última, cada vez que la historia de los hombres ha tomado un giro delirante” (Jaques CAILLOSSE, *Introducción ou droit*, Montchrestien, Chefs, París, p. 35). “El renacimiento del derecho natural entonces se anuda a la idea universalista de que los Estados y el derecho no pueden alcanzar el orden, la prosperidad y la paz si no es respetando ciertos principios fundamentales que se encuentran en la naturaleza misma de las sociedades humanas” (Jean MARCOU, *Justice constitutionnelle et systèmes politiques*, Presses Universitaires de Grenoble, 1977, pp. 60 y 61). Pero, dice ACOSTA SÁNCHEZ, “no se trató sólo de una recuperación y gran potenciación de los derechos y libertades, la magnitud e intensidad del fenómeno originó en los Estados liberal-democráticos un variación cualitativa de la materia, un cambio de paradigma. Los derechos fundamentales pasaron, de meros derechos subjetivos y defensivos, a convertirse en bases de legitimidad y validez, junto a la soberanía popular, de los poderes públicos y del Derecho, produciendo efectos irradiantes en todos los terrenos en los ordenamientos jurídicos” (ob. cit. p. 177).

<sup>150</sup> En el prefacio del libro consagrado al XXV aniversario del Tribunal Constitucional Alemán, cuarenta miembros de la Asociación de Profesores alemanes de Derecho Político se expresaron: “No es concebible una Ley Fundamental en la que desapareciera el Tribunal Constitucional, con sus amplias competencias, sin que ésta sufriera una reforma en su esencia. El Tribunal Constitucional se ha evidenciado como el más importante garante de respeto por el resto de los órganos estatales al Derecho Constitucional. La consiguiente contención de poder político en beneficio de la normatividad de la Constitución ha hecho arraigar el importante significado de la Ley Fundamental en la conciencia social y ha contribuido considerablemente a la consolidación del nuevo orden político” (STARCK, C., *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 1976, apud SIMON, Helmut, *La jurisdicción constitucional en Manual de derecho constitucional*, ed. y trad. Antonio López Pina, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 823).

Para asegurar el cumplimiento de esta nueva misión de protección y especialmente de promoción a valores<sup>151</sup> ya no sería suficiente la noción del legislador negativo que se limita a declarar la compatibilidad de las normas con la Constitución y a eliminar las no compatibles del sistema con eficacia *ex nunc*. La sedimentación de la idea de **supremacía de la Constitución**, en un sentido no sólo formal sino también **material**, como base para eliminar la ley contraria a ella, determinó que la sanción debía ser la de **nulidad de pleno derecho**, esto es, la de entender que la norma inconstitucional no ha existido nunca, y, por ello, se dota a esta sanción de una eficacia retroactiva<sup>152</sup>. Por otro lado, el modo de acción del control exclusivamente por vía principal, a instancias de los gobiernos estatal y de los Länder y de las dos Cortes Superiores, como practicado en Austria, sería igualmente modificado en función de los nuevos desafíos.

El salto de calidad advertido en esa nueva fase de la jurisdicción constitucional resultará, como señala García de Enterría, del aprovechamiento del **sistema estructural kelseniano** del control de normas, “pero no sus concepciones de base”<sup>153</sup>, con una optimización en el sistema en los aspectos de la legitimación, **ampliándoselas a todos los Jueces y Tribunales por la vía incidental de la cuestión de inconstitucionalidad** en que la fuerza general y *erga omnes* de las sentencias se convierte en el único instrumento técnico para articular el monopolio jurisdiccional concentrado en el Tribunal Constitucional y su relación con la pluralidad de Jueces y Tribunales<sup>154</sup>, los cuales, todavía sometidos a la prohibición de inaplicar las Leyes, adquieren el **papel de protagonistas** entre los demás legitimados en la deflagración del control que sigue regido por el principio de la demanda.

De la exclusión del Juez ordinario de toda actividad de control de normas hasta entonces<sup>155</sup>, se le reconoce legitimidad para suscitar, aunque en vía incidental y en carácter prejudicial, la cuestión de inconstitucionalidad de normas ante el Tribunal Constitucional siempre que sea necesaria a la solución de un conflicto en un proceso de partes, con el que se establece un mecanismo fundamental de articulación entre las jurisdicciones común y especial, que proyecta una expansión en la actividad de control y un acercamiento al modo de control difuso con lo que, en la actualidad, ya no permite hablar de sistemas puros de control contrapuestos: el kelseniano y el americano o difuso.

---

<sup>151</sup> Las Constituciones modernas contienen normas que “no se limitan a decir estáticamente qué es el derecho, a dar una orden para una situación social consolidada; más diversamente de las leyes usuales, establecen e imponen, sobre todo, directrices y programas dinámicos de acción futura. Ellas contienen la indicación de aquellos que son los supremos valores, las *rationes*, los *Grunde* de la actividad futura del Estado y de la Sociedad: consisten, en síntesis, como acostumbraba decir Piero Calamandrei, sobre todo en una polémica contra el pasado y en un programa de reformas en dirección al futuro. (CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 2ª ed., Aroldo Plinio Gonçalves (Trad.), Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto-Alegre, 1992, p. 89.

<sup>152</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, ob. cit. p. 31.

<sup>153</sup> Por “concepciones de base”, el autor se refiere a la noción de legislador negativo y la concepción de que el vicio de inconstitucionalidad de la norma no es un vicio que genere nulidad de pleno derecho, sino constitutivo de simple anulabilidad que hace constitutiva la sentencia del tribunal. Por ello afirma que el modelo acogido no es el kelseniano del legislador negativo, sino el americano de jurisdicción, el tribunal como verdadera jurisdicción, aunque en la forma estructural de la jurisdicción concentrada. (ob. cit. pp.133-134.

<sup>154</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., ob. cit. p. 134.

<sup>155</sup> La explicación es sencilla: Kelsen, al sustraer a los órganos jurisdiccionales el control de constitucionalidad de las leyes y normas generales, pretendía evitar el riesgo de un “gobierno de los jueces”, peligro sentido por amplios sectores de la doctrina europea de la época, dada la ascensión de la llamada Escuela del Derecho Libre. Tras la Segunda Guerra, el pensamiento jurídico alemán e italiano siente que, como la historia dejó demostrado, los peligros mayores devienen del legislador, lo que, en términos de política jurídica, importaba llamar los Jueces y Tribunales como elementos técnicos de articulación en un sistema que pretendía la judicialización de la política bajo la concepción material de la Constitución.

Puede decirse que la recepción en Europa de la doctrina americana del control judicial de las leyes es tardía, llegando inicialmente en 1919-1920, es también parcial y sólo alcanza plenitud cuando el poder legislativo y los demás poderes del Estado son encauzados por la Constitución y sometidos a la fuerza vinculante de las resoluciones del único órgano constitucional acreditado como supremo interprete de la Norma Fundamental, dotado de las condiciones necesarias de independencia de los demás poderes que le permite desarrollar una actividad creadora que le transforma en la principal fuente de derecho.

Veamos ahora cómo se configura, en rasgos generales, el control de constitucionalidad en Alemania e Italia en la actualidad.

### 3.2) El control de constitucionalidad en la Ley Fundamental de Bonn

El sistema de Justicia Constitucional en el ordenamiento alemán de la Constitución de 1949 se caracteriza por la amplitud de las competencias del Tribunal Constitucional Federal. El artículo 92 de la Ley Fundamental, al constituirlo y mencionarlo antes que al resto de los demás tribunales, dotándolo de amplias competencias subraya su singular naturaleza institucional, que vendría confirmada después en el párrafo 1 de la ley que le ha regulado como un tribunal autónomo e independiente respecto de la totalidad de órganos constitucionales. Pero, como apunta Simon, “Este *status* y la igualdad de rango respecto de Presidente Federal, *Bundestag*, *Bundesrat* y Gobierno Federal no era evidente en la práctica de la vida pública durante los primeros años. Fue necesaria una declaración del Pleno en 1952, en la que caracteriza al Tribunal como custodio supremo de la Constitución y órgano constitucional dotado de la máxima autoridad (...)”<sup>156</sup>.

En cuanto a la función de control de constitucionalidad de las leyes las dos vías específicas<sup>157</sup> admitidas son el control abstracto y el control concreto; el primero mediante el recurso directo de inconstitucionalidad y el segundo mediante la cuestión de inconstitucionalidad<sup>158</sup>. El control es siempre *a posteriori*, es decir, la norma solo puede ser sometida a control tras su publicación en el “Diario Oficial”, no existiendo el control *a priori*. No obstante, las leyes de autorización de tratados internacionales pueden ser excepcionalmente sometidas al T.C.F. antes de su publicación, en cuyo caso la decisión debe dictarse antes de la entrada en vigor del tratado<sup>159</sup>.

El carácter abstracto del control se manifiesta por el juicio de validez de la norma frente a la Constitución, si una norma es válida o no, si es conforme o no a la Constitución, independientemente de eventuales derechos subjetivos de los partícipes en el proceso. La legitimación del Gobierno federal, o de un *Land* o un tercio de los miembros de *Bundestag*, para poner en marcha la demanda, sin sometimiento a plazo, la posibilidad del Tribunal tomar una decisión sobre el tema aunque haya desistimiento y la ausencia de contradictorio acentúa un carácter público y autónomo al proceso, cuya finalidad es el depuramiento del ordenamiento jurídico, expulsando de su seno las normas

<sup>156</sup> SIMON, Helmut, ob. cit. p. 838.

<sup>157</sup> El específico aquí pretende hacer distinción de las otras vías procesales en las cuales también es posible proceder el control de constitucionalidad de las leyes, por ejemplo, en el recurso de amparo cuando la ley misma vulnera un derecho fundamental o, por otro lado, en un proceso de conflicto entre órganos o poderes el objeto del control sea la propia ley.

<sup>158</sup> El *abstrakte Normenkontrolle* (Art. 93.1, num. 2, L.F., arts. 76 y ss. de la L.O) y *konkrete Normenkontrolle* (art. 100 L. F. y art. 80 y ss. de la L. O.), respectivamente.

<sup>159</sup> SCHLAICH, Klaus, *El tribunal constitucional federal alemán*, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1984, pp. 157-158.

inconstitucionales, y, de otra parte, un procedimiento típico de garantía y control de los derechos de las minorías, en particular de los de la oposición parlamentaria, frente a las leyes aprobadas por la mayoría<sup>160</sup>.

Por la vía del control concreto, que se manifiesta por la cuestión de inconstitucionalidad que se plantea en el seno de un proceso judicial ordinario, a instancia del propio juez o tribunal de la causa, se tiene en vista asegurar, a un solo tiempo el depuramiento del ordenamiento jurídico, la seguridad jurídica y la coherencia del Derecho<sup>161</sup>. La cuestión tiene lugar cuando, para la resolución de un litigio concreto la norma aplicable padece de una sospecha fundada de inconstitucionalidad, caso en que el juzgador ha de someterla al examen del Tribunal Constitucional con la suspensión del proceso principal.

Objeto de la cuestión pueden ser tanto una ley federal como una ley de un *Land* frente a la Ley Fundamental. Los reglamentos, así como las leyes preconstitucionales, no pueden ser objeto de control. Legitimado exclusivo es el juez o tribunal y presupuesto esencial es que de la validez o invalidez de la norma impugnada dependa el fallo. El monopolio del Tribunal Constitucional es un monopolio de rechazo en la medida en que los jueces y tribunales detienen la llamada “competencia de examen” para interpretar la norma y aplicarla en caso de considerarla constitucional<sup>162</sup>.

El parámetro de control es la Ley Fundamental en su totalidad, comprendiendo, por tanto, los derechos fundamentales y los aspectos de carácter organizativo. El Tribunal Constitucional procede a un examen exhaustivo de la ley, lo que significa que analiza ésta bajo todos los aspectos constitucionales posibles, incluso cuando el recurrente no los ha mencionado<sup>163</sup>.

Importa subrayar que en la República Federal de Alemania, la jurisdicción constitucional es ejercida no solamente por el Tribunal Constitucional federal sino también por los Länder. La Facultad para que ellos erijan sus propios tribunales constitucionales y les de determinadas competencias deriva naturalmente de la estatalidad y autonomía que poseen, cuya base es el art. 92 de la Ley Fundamental. Pero los tribunales constitucionales del *Land* pueden controlar únicamente actos de los poderes públicos del *Land*, actuaciones de los órganos de éste.

Digno de mención es el hecho de que únicamente los ciudadanos de Baviera, Hesse, Renania-Palatinado y El Sarre pueden recurrir en amparo ante el propio tribunal constitucional. Solo el Derecho Constitucional bávaro reconoce un recurso popular, que cualquiera puede plantear ante el Tribunal Constitucional bajo fundamento de que una ley o un decreto vulneran un derecho fundamental<sup>164</sup>.

Todos los tribunales constitucionales de los Länder gozan – como se ha expuesto- de una posición autónoma respecto del Tribunal federal. Contra sus decisiones

---

<sup>160</sup> WEBER, Albrecht, *Alemania*, en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, ed. cit. p. 64, *apud* ACOSTA SÁNCHEZ, José, ob. cit. p. 268.

<sup>161</sup> Esta finalidad produce un monopolio de rechazo por parte del TCF, lo que, para Simon (ob. cit. p. 836) trae causa del respeto al legislador parlamentario, cuyas normas sólo pueden ser cuestionadas por un tribunal superior, compitiendo al resto de los tribunales el juicio incidental de constitucionalidad de reglamentos o de leyes preconstitucionales y la interpretación conforme a la Constitución. Sin embargo, para Schlaich, es la centralización de la cuestión obligatoria sobre la validez de las normas en un único tribunal lo que constituye el verdadero centro del problema y, por tanto, lo que está en primer plano es un problema de seguridad jurídica (ob. cit. p. 163).

<sup>162</sup> SCHLAICH, ob. cit. p. 164.

<sup>163</sup> Ídem, p. 161.

<sup>164</sup> Ídem, pp. 782-783.

existe, a tenor del par. 90 BVerfaGG, la posibilidad de recurrir en amparo ante el Tribunal federal. Cuando el tribunal constitucional de un *Land* discrepa de la interpretación de la Ley Fundamental, sea de una decisión del Tribunal federal, sea del tribunal constitucional de otro Land, debe entonces solicitar, según el artículo 100.3 GG, la decisión del Tribunal federal<sup>165</sup>.

En lo que se refiere a los efectos, las sentencias proferidas por el Tribunal gozan de fuerza de cosa juzgada, así como las de los restantes Tribunales, vinculan a los órganos constitucionales de la federación y de los *Länder*, como también a todos los tribunales y autoridades. Especialmente en el control de normas el artículo 31 apartado 2 de la Ley Orgánica reconoce este efecto *erga omnes* en las decisiones, “con fuerza de ley”<sup>166</sup>, sin que el Tribunal esté obligado a ella, pudiendo apartarse de su jurisprudencia. Los motivos en que se basa la decisión (*ratio decidendi*), según jurisprudencia constante del Tribunal, poseen también efectos obligatorios en la medida en que contienen declaraciones sobre la interpretación de la Constitución (Rec. 1, 14, 36 y ss.; 19, 377, 392; 40, 88, 93).

Una ley inconstitucional en la concepción alemana es nula desde su origen, sin ninguna eficacia jurídica y, por ende, según el artículo 78 de la LO así debe ser declarada por el Tribunal Constitucional. Las consecuencias jurídicas de esa declaración, sin embargo, son paliadas por el artículo 79 de la misma ley, que prevé que las decisiones adoptadas sobre la base de la ley nula no dejan de existir, mientras se declara, en cambio, abierto el recurso de revisión de juicios penales que gozan de la fuerza de cosa juzgada y que reposan en una ley ulteriormente declarada nula<sup>167</sup>.

El Tribunal Constitucional federal, en el intento de superar graves problemas que derivarían de la declaración de nulidad de la ley con efectos retroactivos en situaciones concretas y de alta relevancia social, ha desarrollado técnicas especiales en el momento de dictar sus fallos, incluso “inventando literalmente” otro tipo de decisiones: declarar una ley inconstitucional sin constatar la nulidad de la ley (“inconstitucionalidad simple”).

---

<sup>165</sup> Ídem, p. 783.

<sup>166</sup> La noción de “fuerza de ley” asienta en una correspondencia lógica: una sentencia que confirma o declara nula una ley debe tener el mismo efecto que la ley a que se refiere y ser publicada en el “Diario Oficial” (la llamada legislación negativa). Sin embargo, SCHLACH entiende que no cabe considerar esto plenamente ajustado a la doctrina jurídica, ya que la sentencia del TCF no hace más que constatar la nulidad y es esta constatación la que debe, en realidad, ser publicada en el “Diario Oficial”. “El TCF no elabora un acto contrario. La “fuerza de ley” en el sentido del artículo 31, apartado 2, se ha tornado así en una palabra vacía. Materialmente no despliega efecto más amplio que el de la fuerza obligatoria que hemos visto en el artículo 31, apartado 1, de la LO. Ésta simplemente se ha extendido a todos los ciudadanos. La jurisprudencia constitucional decide “autoritariamente” no sobre el contenido de la Constitución, sino sobre el sentido del artículo 31, apartado 2, de la LO., no es necesaria para ostentar la fuerza obligatoria de dicha decisión en el caso concreto. Basta con una fuerza obligatoria vinculante para todos los órganos del Estado y los ciudadanos.” (SCHLACH, Klaus, ob. cit. p. 215 y 221).

<sup>167</sup> SCHLAICH, Klaus, ob. cit. p. 194. El paliativo, en verdad, se presta a injusticias, pues, conforme señala el propio autor, “las decisiones que no están sometidas ya a casación y contra las que no se han planteado un recurso de amparo mantienen su vigencia. En la medida en que la ejecución no haya sido realizada, deviene ilícita. El impuesto ya pagado no será reembolsado, a menos que el deudor del impuesto haya planteado un recurso administrativo previo contra el acto impositivo, y no haya todavía decisión sobre dicho acto que goce de la fuerza de cosa juzgada. Esta resolución del conflicto a mitad del camino entre la seguridad jurídica y la justicia material – en el caso concreto prevalece la seguridad jurídica a favor del mantenimiento de la situación legal – es necesariamente riguroso, y por tanto muy discutido, ya que en numerosos supuestos su resultado no es satisfactorio”. Es decir: en la práctica la ley inconstitucional produce efectos jurídicos y, además, la sentencia no permite reparar el daño sufrido por los que han acatado la ley durante su vigencia.



Por este método, el TCF matiza la vinculación entre la inconstitucionalidad y la nulidad de la norma que sería, de acuerdo con el esquema procesal general, una consecuencia necesaria. Las consecuencias más visibles de la declaración de inconstitucionalidad simple son la imposición al legislador del deber de suprimir la situación inconstitucional, la suspensión de la aplicación de la ley inconstitucional y, en otros casos, en la medida que se quiere evitar el vacío jurídico derivado de una declaración de nulidad, la ley, aunque inconstitucional, continúa siendo aplicada durante un plazo fijado por el Tribunal.

Una variante del método de la inconstitucionalidad simple es la que Schlaich llama “ley todavía constitucional” en la que el Tribunal, para mantener excepcionalmente la validez de una ley inconstitucional, al constatar la constitucionalidad de la ley hace una llamada al legislador para que actúe en el sentido de propiciar una situación jurídica plenamente constitucional, o para prevenir una situación de inconstitucionalidad.

En este punto el Tribunal revela sus preocupaciones con las consecuencias políticas y sociales de sus decisiones, acentuando la necesidad de actualización permanente del ordenamiento jurídico respecto a los valores constitucionales<sup>168</sup>. El Tribunal también hace uso constante de la interpretación de las leyes conforme a Constitución. En el caso de polisemia de sentidos de un acto normativo la norma no debe considerarse inconstitucional si pudiera ser interpretada de acuerdo con la Constitución. La consecuencia de este método es la proscripción de los sentidos inconstitucionales sin que el texto de la norma sea alterado<sup>169</sup>.

Para el aseguramiento del poder de decisión y eficacia de sus resoluciones el Tribunal Constitucional hace uso de las medidas provisionales, más frecuentemente antes de dictarse sentencia, pero también después de dictarla. En el primer supuesto, amparado en el art. 32 de la LO. Después de la sentencia, el Tribunal se tiene amparado en el artículo 35 de la LO según el cual: “el TCF puede precisar en su resolución quién ha de ejecutarla; puede también, en casos concretos, indicar la forma y modo de ejecución”, para ampliar el sentido de “ejecución” que la expresión posee en derecho procesal civil. De este modo, el TCF se hace “dueño y señor de la ejecución”, con entera libertad para establecer los requisitos necesarios para que ésta, en cada ocasión, se lleve a cabo del modo más apropiado, más rápido, más conveniente, más sencillo y más eficaz, resguardándose contra posibles abusos<sup>170</sup>.

En conclusión, debe dejarse apuntado que los criterios o técnicas de decisión mencionados suscitan críticas doctrinarias que acentúan la clara actividad de creación de normas por parte del Tribunal Constitucional alemán sin autorización legislativa, de cuyo debate actualmente pueden extraerse dos cuestiones: la primera, es si puede un sistema

---

<sup>168</sup> Es dudoso que un Tribunal pueda, en general, hacer recomendaciones al legislador si no hay una situación de inconstitucionalidad en el presente. Pero, aquí también, quizá la naturaleza muy especial del proceso de control abstracto de constitucionalidad de las leyes y de la función de guardia de la Constitución puedan autorizar esa postura activa, dinamizando y previniendo un control futuro que debe ser evitado si el legislador ha sido advertido tempranamente por el Tribunal. Cuestión diversa será la fuerza vinculante de esas recomendaciones.

<sup>169</sup> La cuestión del alcance de la interpretación conforme ha sido muy discutida en la doctrina y el TCF ha concretado dos directrices en este tema: a) en cuanto al tenor literal del precepto examinado: según el Tribunal, un juez no tiene, de modo general, necesidad de seguir rígidamente el texto de la norma; b) en cuanto a la decisión política fundamental del legislador: no se debe dar a una ley un sentido contrario a dicha decisión política. (SCHLAICH, Klaus, ob. cit. p.204).

<sup>170</sup> Estas medidas el TCF toma de oficio. A pesar de ser rara, ha sido adoptada en el Rec. 6.300, cuando dio orden al ministro del Interior del *Land* de disolver una organización que reemplazaba a un partido político, prohibido en una anterior sentencia del TCF. (cfr. SCHLAICH, Klaus, ob. cit. p. 206).

jurídico basado en los principios de legalidad y seguridad jurídica soportar este modo de decisión de un Tribunal; y la segunda cuestión es si la competencia constitucional de un Tribunal para el control de normas, para llevar a cabo un pleno ejercicio de sus deberes, al fin y al cabo, justifica la adopción de esas fórmulas innovadoras y, además, en que medida éstas pueden asegurar la autoridad de sus decisiones y la efectividad de la Constitución<sup>171</sup>.

En el cierre de este epígrafe puede adelantarse que la justicia constitucional en los estados de derecho es deudora de las más fecundas lecciones del constitucionalismo alemán gracias al papel de su Tribunal Constitucional Federal, en donde “a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial cristalizó el mismo fenómeno que en el Derecho Constitucional norteamericano: un derecho supremo jurisprudencial generado por un Derecho supraconstitucional”<sup>172</sup>.

### 3.3) El control de constitucionalidad en la Constitución Italiana de 1948

El control de constitucionalidad de las leyes en Italia, es introducido explícitamente por la primera vez en la Constitución de la República que entró en vigor en 1948, pero sólo se hace propiamente efectiva ocho años más tarde, cuando empieza a funcionar el Tribunal Constitucional por fuerza de una ley de 1953 que puso en práctica las normas constitucionales y estableció una serie de disposiciones complementarias<sup>173</sup>.

El modelo de justicia constitucional italiano fue diseñado inicialmente con inspiración en las teorías de Kelsen, antes aplicadas en Austria con la Constitución de 1920, en contraposición a la tesis de los que optaban por el modelo norteamericano. Sin embargo, una vez aprobado el artículo 1 de la Ley Constitucional de 9 de febrero de 1948, aquella tendencia primigenia sufre un cambio de orientación<sup>174</sup> cuyo resultado fue la consagración de un sistema con características muy propias.

En efecto, la Constitución asigna presentemente al Tribunal, en líneas generales, cuatro grandes tipos de competencias que así se podrían agrupar: 1) las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes y de los actos con fuerza de ley del Estado y de las regiones; 2) los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado y entre éste y las regiones, así como entre las regiones; 3) apreciar si las peticiones de referéndum sobre la abrogación de una ley, presentadas en base al artículo 75 de la Constitución, son admisibles<sup>175</sup>; e 4) la competencia relativa a los procedimientos concernientes a las acusaciones contra las altas Magistratura del Estado, contra el Presidente de la República, el presidente del Consejo de Ministros y los ministros<sup>176</sup>.

La primera diferencia notable en relación a sus homólogos es que en el sistema italiano no hay recurso de amparo constitucional como una competencia y como proceso

---

<sup>171</sup> Ob. cit. p. 208.

<sup>172</sup> ACOSTA SÁNCHEZ, José, ob. cit. p. 275.

<sup>173</sup> La regulación del Tribunal Constitucional está contenida originalmente en los artículos 134-137 de la Constitución. Modificaciones e integraciones se han introducido por las leyes constitucionales de 9 de febrero de 1948, num. 1, 11 de marzo de 1953, num. 1, 22 de noviembre de 1957, num. 2. La ley de desarrollo del Tribunal es la ley ordinaria de 11 de marzo de 1953, numero 87, modificada por ley de 18 de marzo de 1958, num. 265. Las leyes de 25 de enero de 1962, num. 20, y 10 de mayo de 1978, número 170, se ocupan igualmente de los procesos de acusación contra el presidente de la República y los ministros. (cfr. PIZZORUSSO, Alessandro, *El tribunal constitucional*, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1984, p. 233).

<sup>174</sup> PIZZORUSSO, Alessandro, ob. cit. p. 233.

<sup>175</sup> Referida competencia ha sido añadida por la ley constitucional nº 1 de 1953.

<sup>176</sup> ACOSTA SÁNCHEZ, José, ob. cit. p. 278.

autónomo. La función de protección a los derechos fundamentales en la organización de la justicia italiana se desarrolla en el cuadro de procesos ordinarios civiles, penales o administrativos y el control de constitucionalidad de las leyes que deben ser aplicadas a un caso concreto el Tribunal Constitucional lo ejerce por medio del propio control incidental de legitimidad constitucional. Aquí, nos parece, es donde el sistema más se acerca al modelo de control difuso de constitucionalidad de las leyes<sup>177</sup>.

El control de constitucionalidad es escindido en dos vías: la incidental y la principal. El incidente puede traer su causa de una pretensión específica (art. 23.1, ley 11 de marzo de 1953, n° 87) mediante la que una de las partes del juicio *a quo* suscita una cuestión de legitimidad constitucional, indicando tanto las disposiciones legislativas que se consideran viciadas como las normas constitucionales violadas.

El control concreto de leyes por la vía incidental constituye la columna vertebral de la jurisdicción constitucional italiana respondiendo por casi el noventa por cien de todos los procesos, lo que es comprensible si se tiene en cuenta que, como consecuencia de la ausencia de un recurso autónomo de amparo, es por medio de esta vía que el Tribunal, haciendo uso de su función de garante, toma en consideración de un modo más directo y protege los derechos fundamentales.

Mientras tanto, el control abstracto ocupa una posición secundaria<sup>178</sup>, incluso no habiendo en este último tipo de proceso legitimación a favor de las minorías parlamentarias, lo que constituye un punto más en el alejamiento de los sistemas alemán y español, en cuyos modelos las minorías parlamentarias tienen asegurada la autoría en el recurso directo de inconstitucionalidad. Legitimados para poner en marcha el control incidental son las autoridades que puedan ser definidas como “juez” – incluso de oficio-, tanto el autor como el demandado, en cualquier acto procesal, el Ministerio fiscal, si actúa como parte o cuando intervenga a tal fin en la causa, siempre que, en este último caso, ello sea procedimentalmente posible.

Tal como sucede en los sistemas alemán y español, el procedimiento para el control incidental se desdobra en dos fases; la primera ante cualquier juez, ordinario o especial: civil, penal, administrativo etc., es presentado como una secuencia del proceso en curso, cualquiera que sea su estado o grado, es decir, instrucción, decisión, ejecución o bien primera instancia, apelación, casación, etc.

La segunda fase del procedimiento sigue ante el Tribunal Constitucional por impulso oficial, siendo facultativa la personificación de las partes del proceso principal y nadie más. El Tribunal, por regla general, en este tipo de proceso no se pronuncia sobre cuestiones distintas a las que le hayan sido planteadas, siguiendo el principio de la congruencia, salvo en casos excepcionales (art. 27 de la ley 87, de 11 de marzo) en los que

---

<sup>177</sup> En el ordenamiento brasileño, en que se sigue el sistema mixto, por ej., la defensa de los derechos fundamentales es tarea ordinaria de todos los jueces y tribunales por cualquier tipo de proceso, incluso el control difuso de constitucionalidad de las leyes y actos normativos supuestamente vulneradoras de esos derechos. El Supremo Tribunal Federal (también Corte Constitucional) conoce cuestiones constitucionales en grado de recurso ordinario o extraordinario y ejerce el control abstracto, por acción autónoma de leyes y actos normativos con fuerza de ley que puedan vulnerar derechos fundamentales así como ofender a cualquier dispositivo de la Constitución.

<sup>178</sup> Sin embargo, “en los últimos años se está dando un crecimiento del control abstracto, ‘el Tribunal Constitucional está siendo instado cada vez con más frecuencia por vía principal’, aunque la distancia que separa ésta de la vía incidental sigue siendo muy grande: de 973 asuntos resueltos por el Tribunal Constitucional italiano en 1995, por ejemplo, 827 lo fueron con ocasión de procesos incidentales y 84 en el marco de recursos por vía principal” (FERRI, Mauro, *La justice constitutionnelle en 1995, Anuaire international de justice constitutionnelle*, 1996, p. 820, *apud* ACOSTA SÁNCHEZ, José, ob. cit. p. 279).

la inconstitucionalidad de la norma examinada hace necesaria la declaración de inconstitucionalidad de otras normas que por vía de consecuencia corren inevitablemente la misma suerte que la norma criticada.

El propio Tribunal, sin embargo, ha reconocido el poder de plantear ante sí mismo cuestiones de constitucionalidad que resulten perjudiciales respecto a una de sus decisiones. En este caso, señala Pizzorusso, “debe también subsistir la normal relación de relevancia entre el juicio en curso y la cuestión propuesta, teniendo asimismo el auto de remisión la función de suspender el juicio *a quo*, introduciendo un nuevo proceso incidental de constitucionalidad. Por ello, resultaba incoherente la práctica seguida por el Tribunal – y corregida recientemente – según la cual se fijaba en una misma audiencia el juicio sobre la cuestión suscitada y el relativo al problema en el que ésta aparecía como asunto perjudicial (cfr., por ej. Trib. Const., 17 de mayo de 1978, nº 68, y 23 de mayo de 1978, nº 69, en Foro it., 1978, I, 1340, 1601)”<sup>179</sup>.

Otra característica en el sistema italiano, muy discrepante en relación con los modelos Austriaco, Alemán y Español en cuanto al control de constitucionalidad, es el distinto momento del control; un control *a priori*, preventivo, a instancias del Gobierno contra las “leyes” de las regiones<sup>180</sup>, antes de que sean promulgadas, sobre la base de que hayan desbordado los límites competenciales de la región” o bien a base de cualesquiera otros vicios.

El control abstracto, por acción o “vía principal” es puesto en marcha por el Estado o las regiones en sus relaciones reciprocas por medio de recursos directos, en los que someten al Tribunal una cuestión abstracta, que, por regla general, es independiente del hecho de que la ley en discusión reciba tal o cual aplicación (en los casos de las leyes regionales discutidas preventivamente por el gobierno central toda aplicación concreta es excluida por hipótesis). Se trata de una legitimación puramente institucional y muy restrictiva.

Sin pretender profundizar en el examen de las reglas de procedimiento respecto a este tipo de control, quizá sea importante subrayar en él, a grandes rasgos, algunas particularidades notables, pues que, no sólo las reglas procedimentales se diferencian conforme sea el Estado o las regiones quienes impulsan la demanda sino que el propio objeto de la demanda tendrá naturaleza diversa.

El punto de partida diferencial en este sistema radica en que el control de las “leyes” regionales a partir del recurso del Estado es ulterior al control mediante exigencia de reconsideración, también previsto en la Constitución para este tipo de actos normativos. Es decir, como en este caso el control se interpone en el proceso de formación de la ley regional, en su fase integradora de la eficacia, específicamente, se trata de un control que tendrá lugar antes de la entrada en vigor de la ley<sup>181</sup>.

Por tanto, visto que la demanda es propuesta antes de la entrada en vigor de la ley, cuya vigencia se suspende automáticamente por fuerza del reenvío, el Tribunal estará

---

<sup>179</sup> PIZZORUSSO, Alessandro, *Lecciones de derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1984, p. 40.

<sup>180</sup> Es interesante apuntar que las leyes sicilianas, al contrario de las de las otras regiones, pueden ser promulgadas y publicadas si han transcurrido treinta días desde la notificación del eventual recurso interpuesto contra ellas sin que haya recaído sentencia estimatoria del Tribunal y al margen de que pueda el Tribunal fallar tras de la entrada en vigor de la ley, cfr. art. 29 del Estatuto de Sicilia, (PIZZORUSSO, ob. cit. p. 58). Parece que la demora de solución por parte del Tribunal produce la eficacia de la ley que estaba obstruida por el Gobierno central, un mecanismo que, por discriminatorio en relación a las demás regiones, debe estar muy bien justificado en base constitucional.

<sup>181</sup> Ídem, p. 58.

no ante un control de leyes formales, sino frente a un control todavía preventivo de textos de leyes sobre las cuales pesan sospechas de inconstitucionalidad. A diferencia de los sistemas alemán y español, que prevén control preventivo de textos de leyes sobre tratados internacionales, en Italia se ahorra un proceso autónomo y específico al insertarse en el propio proceso de control abstracto esa forma, que puede revestirse – y de hecho así está también en un medio de solución de conflictos de competencias<sup>182</sup>, como un procedimiento preliminar y obligatorio.

El proceso en la vía de control abstracto es un proceso entre partes necesarias, o sea, el recurrente y aquel otro que haya adoptado la ley impugnada, excluyéndose la intervención de cualesquiera otros sujetos distintos. Con todo, será posible reunir varios recursos interpuestos por sujetos diferentes contra un mismo acto, dándose así lugar a una forma de litisconsorcio. Otra característica de este tipo de juicio es la posibilidad de declararse la “extinción del proceso” cuando haya renuncia del recurrente aceptada por la parte adversa, desprendiendo de ello el carácter dispositivo de la acción.

En cuanto a los efectos, las sentencias en el control principal poseen los mismos efectos que las sentencias dictadas en los procesos incidentales, cuando afectan a leyes ya vigentes, o que han entrado en vigor a lo largo del proceso o, incluso, cuando tal entrada en vigor está a punto de producirse. Cuando afectan a leyes aún no promulgadas los efectos son distintos y varían según que la sentencia estimatoria declare la inconstitucionalidad total o parcial del texto impugnado. En el primer caso, la decisión supondrá la paralización del procedimiento de formación de la ley. Si la inconstitucionalidad es sólo parcial corresponderá al Presidente de la Junta regional o provincial eliminar del texto del proyecto las partes afectadas por la sentencia, promulgando la ley tras de esta enmienda.

Las sentencias desestimatorias en los recursos directos no produce “cosa juzgada” y de acuerdo con el artículo 136 de la Constitución italiana las decisiones estimatorias del Tribunal Constitucional tienen eficacia *erga omnes*, a partir del día siguiente a la publicación, según el modelo de Kelsen y no quedan sujetas a cualquier forma de impugnación, si bien admiten corrección (art. 137.3 Constitución y art. 21 de las normas de desarrollo). Es decir, la ley o norma declarada inconstitucional es expulsada del ordenamiento jurídico y privada de efectos inmediatamente y *pro futuro*. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina<sup>183</sup> admiten, también, un carácter retroactivo a los pronunciamientos de inconstitucionalidades.

---

<sup>182</sup> Eso porque los motivos del recurso podrán afectar tanto a la incompetencia legislativa de la región como a cualesquiera otros vicios de legitimidad de la ley, aunque no podrán invocarse argumentos distintos de los esgrimidos para justificar el reenvío (Trib. Const. 4 de febrero de 1967, cfr. PIZZORUSSO, Alessandro, *Lecciones de derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1984, p. 59).

<sup>183</sup> Mientras el art. 136 de la Constitución habla de que la ley o acto con fuerza de ley declarado inconstitucional cesa su eficacia en el día siguiente a la publicación de la decisión de ilegitimidad, el art. 30 de la ley reguladora del Tribunal habla de que el dispositivo no puede recibir aplicación a partir de la misma fecha. ZAGREBELSKY distingue entre las normas indicando que “el artículo constitucional 136 puede entenderse como la regulación sólo de los efectos abstractos y futuros de la vigencia de la ley y el artículo 30 de la ley como la regulación de los pronunciamientos judiciales, en primer lugar respecto a las situaciones realizadas anteriormente. De esta forma, el efecto de la decisión de la Corte es, para el futuro, un efecto sustancialmente análogo a la abrogación y, para el pasado, en efecto procesal, que, sin embargo, se refleja en las situaciones jurídicas abiertas. Esto abre la vía de la retroactividad de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad” (ZAGREBELSKY, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1988, pp. 265-266, *apud* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Júlío, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 115-116).

En efecto, desde la amplia casuística tempranamente desarrollada por el Tribunal italiano<sup>184</sup> hasta la actualidad ha aparecido una compleja tipología de sentencias, marcadas por un alto grado de creatividad que expone las dificultades propias del control de normas frente a situaciones especiales en las que la fórmula simple de sanción obligatoria de nulidad *ex nunc* a los pronunciamientos de inconstitucionalidad se revelaba insuficiente<sup>185</sup>.

En la variada nomenclatura atribuida por la doctrina a las diversas especies de sentencias interpretativas según el alcance de las modificaciones que introducen en el esquema tradicional, se destacan en una categoría principal las **restrictivas**, **constructivas** y **directivas**, de las cuales las dos últimas, por incidir fuertemente en la obra del legislador, poseen mayor trascendencia y, por ello, han sido tajadas de **sentencias manipulativas**. Sobre el tema seguiremos el esquema expositivo de Acosta Sánchez.

Las *sentencias restrictivas* actúan sobre el contenido de la disposición de la ley restringiendo su alcance. El juez constitucional reduce su capacidad normativa, pudiendo llegar a un grado extremo que deja el contenido reducido a la nada, desvitalizada, aplicable en apariencia pero, en realidad, ineficaz. Tal especie es adjetivada de “aniquilantes” y “neutralizante”, cuando sólo atenúa los efectos de una disposición. Hablase, aun, en sentencias alternativas en cuya técnica el Tribunal Constitucional italiano separa dos interpretaciones del mismo texto con el fin de expulsar una de ellas del sistema jurídico, con efecto obligatorio<sup>186</sup>.

Las *constructivas*, a la inversa que las restrictivas, tienen por objeto enriquecer el contenido normativo de la disposición de ley en cuestión mediante una extensión de su alcance; le introducen un *quid novi* que permite salvarla, ponerla en conformidad con la Constitución. Esta categoría de sentencias interpretativas contiene también tres subcategorías, pero de mucha mayor entidad que las puramente restrictivas.

---

<sup>184</sup> Desde la sentencia nº 8 de 1956, el Tribunal italiano estimó que estaba en su poder adoptar de forma autónoma una interpretación de las normas discutidas capaz de ponerlas de conformidad con la Constitución sin que fuera necesario declarar su anulación, dando origen a la primera de las llamadas sentencias interpretativas, un género complejo que vendría a presentar variaciones en el tiempo según las particularidades y necesidades de los casos concretos (ACOSTA SÁNCHEZ, José, ob. cit. p. 286).

<sup>185</sup> Entre las posibles causas de las sentencias interpretativas se alinean “el horror al vacío que tienen los jueces constitucionales”, es decir, de las sentencias del Tribunal Constitucional derivarían vacíos en el ordenamiento jurídico con la práctica sistemática de anulación de las leyes y a los consecuentes riesgos a la seguridad jurídica, ya que el legislador no está en condiciones de suplir satisfactoriamente la demanda legislativa necesaria para colmar esos vacíos. El Tribunal italiano, por ello, atento a esa problemática, se habría liberado de la mera alternativa *rechazo de la cuestión o anulación de la ley*. Con las técnicas que forman las sentencias interpretativas se salva la constitucionalidad de la ley atacada y se permite el órgano juzgador extraer e imponer un significado de la disposición considerada inconstitucional compatible con la Constitución sin anularla. El recurso al método de las sentencias interpretativas deriva, en realidad, para el juez constitucional de la necesidad. Quererlo encerrar en una alternativa decisional rudimentaria es cerrar los ojos a las exigencias del control de constitucionalidad. No puede, en primer lugar, realizar su delicada misión de juzgar la ley, acto eminentemente político, de manera mecánica. La flexibilidad debe, sobre todo y ante todo, presidir el ejercicio del control de constitucionalidad. En segundo lugar, la tarea última del juez constitucional consiste en federar todas las ramas del derecho en torno a un conjunto de principios comunes que encuentra naturalmente su lugar en la Constitución. Ambiciosa labor que exige técnicas eficaces que permitan la difusión más amplia y serena de los valores constitucionales en todas las ramas del derecho. (DI MANNO, Tierra, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions “interpretatives” en France et en Italia*, Económica, París, 1997, pp. 74-76, *apud* ACOSTA SÁNCHEZ, José, ob. cit. pp 288-289).

<sup>186</sup> Según FAVOREAU, “se distingue esta técnica de la “interpretación conforme” alemana y de la “interpretación neutralizante” francesa en que la condena de la interpretación excluida figura en la parte dispositiva de la sentencia (Cfr. ACOSTA SÁNCHEZ, José, ob. cit. p. 290).

La primera de ellas es constituida por las llamadas aditivas, *sentenze additive*, que añade o amplía literalmente, o en otro sentido, el texto legal controvertido. En la segunda, están las sentencias sustitutivas, *sentenze sostitutive*, con las cuales se considera que la manipulación alcanza un grado máximo, puesto que logra una metamorfosis completa del sentido de la ley. Esta manipulación “normogenética” confiere a esta técnica un doble objeto, presentándose con los rasgos de una técnica de interpretación a dos tiempos, ya que persigue, por una parte retirar de la disposición discutida una norma o un fragmento de norma contrario a la Constitución, y, por otra parte, introducir una norma conforme a las exigencias constitucionales; por una parte, el Tribunal demuele el contenido de la disposición impugnada, y por la otra, lo reconstituye en línea con los principios constitucionales<sup>187</sup>.

En la última subcategoría están las llamadas *sentencias de delegación* o *habilitación* -así llamadas por analogía con las leyes de habilitación -, en la que el Tribunal, tras declarar inconstitucional una ley, indica los principios que habrá de contener otra sobre el mismo objeto para ser constitucional; arquetipo al respecto fue la sentencia de 1974 que enumera los siete principios a los que debe atenerse el legislador en materia audiovisual.

Finalmente las sentencias interpretativas *directivas* pueden ser distinguidas entre las que contienen directrices dirigidas a las autoridades aplicadoras de la ley y a aquellas otras que poseen directrices dirigidas al legislador. Estas sentencias interpretativas se separan de las restrictivas y de las constructivas, pues no tratan ni de reducir ni de extender el carácter normativo de una disposición de ley, sino simplemente abalizarla a la luz de la Constitución, preservando así un cierto poder de apreciación a las autoridades encargadas de hacerlas aplicar. La originalidad de esta técnica estriba en que tiene por objeto determinar, no una regla, sino un principio que, en nombre del respeto a la Constitución, orientará la conducta del aplicador de la ley, sin por ello determinarla<sup>188</sup>.

Ahora bien, frente a una productividad tan intensa en esa jurisprudencia creativa, marcada, sobre todo, por *sentencias constructivas* o *manipulativas*<sup>189</sup>, era evidente que se establecería muy pronto, como sucedió, un intenso debate doctrinario acerca de la legitimidad de la jurisprudencia, debate que se perenniza en el tiempo y se agudiza, de un modo general, a cada sentencia sobre temas de mayor relevo e interés social, punto sobre el cual no vamos a adentrarnos ahora.

Dejaremos apuntado desde luego, las dos vertientes dialécticas de argumentación sobre el palpitante debate. La primera que sostiene que “la Constitución no faculta al Tribunal Constitucional para ampliar el alcance normativo de los textos, sólo para reducirlos (C. Lavagna). O bien se propugna que, al menos, el carácter imperativo de las sentencias manipulativas debería reducirse a los jueces directamente afectados (Picardi)<sup>190</sup>.

---

<sup>187</sup> ROMBOLI, Roberto, *La tipología de las decisiones de la Corte constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental*, REDC, num. 48, septiembre-diciembre 1996, p. 64, *apud* ACOSTA SÁNCHEZ, José, ob. cit. p. 291).

<sup>188</sup> Ídem, p. 292.

<sup>189</sup> En la jurisprudencia del Tribunal las sentencias interpretativas de rechazo ocupan un lugar secundario; entre las de admisión preponderan las manipulativas. En el período de 1987-1995 más de tres sentencias de anulación de cada cuatro tienen estructura manipulativa (622 de un total de 820, el 75,85 por 100). Lo que significa que, tres veces sobre cuatro, el Tribunal Constitucional prefiere salvar la disposición de ley controlada declarando inconstitucional sólo una parte de su contenido normativo. (Cfr. ACOSTA SÁNCHEZ, José, ob. cit. p. 293).

<sup>190</sup> ACOSTA SÁNCHEZ, José, ob. cit. p. 294.

En la corriente opuesta se sitúan los autores que minimizan o racionalizan las críticas a la obra creadora del Tribunal al sostener que el carácter constructivo de las sentencias que manipulan la norma es más aparente que real, al menos en la mayoría de los casos. Crisafulli, por ejemplo, en famosa metáfora que ha sido adoptada por el propio Tribunal, afirmara: “el Tribunal Constitucional no crea libremente la norma (como hace el legislador), sino que se limita a concretarla para cubrir lagunas, deduciéndola de un principio general, o simplemente de la propia norma constitucional violada [...]”<sup>191</sup>.

### 3.4) La actualización del modelo kelseniano: la superación de la noción del legislador negativo

El fenómeno de la justicia constitucional tras la Segunda Guerra Mundial produce un impacto notable en todo el mundo, como ya se ha visto, no sólo en lo que respecta a la creación de tribunales constitucionales en diversos países europeos y hasta en otros continentes, sino que ha acentuado un proceso recíproco de incorporación de elementos pertenecientes a los dos modelos originales de control de constitucionalidad de normas: el europeo-austriaco-kelseniano y el difuso norte-americano, hasta el punto de llevar a Rubio Llorente a decir que hablar hoy de un sistema europeo carece de sentido porque hay más diferencias entre los sistemas de justicia constitucional existentes en Europa que entre alguno de ellos y el norteamericano<sup>192</sup>.

Conviene precisar en qué consistió ese proceso de convergencia entre los referidos modelos. De acuerdo con los postulados teóricos de Kelsen, como se sabe, la función del tribunal constitucional no es una función propiamente jurisdiccional sino legislativa, pues el que lleva a cabo es un enjuiciamiento de normas, no un enjuiciamiento de hechos y, dado que la decisión del tribunal sigue el mismo proceso por el que se forma la ley, sólo que en sentido inverso, se trata de una **abrogación** y, como tal, la sentencia debe tener **naturaleza constitutiva** con efectos **ex nunc**. Así, al acentuar el carácter político de la función desempeñada por el tribunal, Kelsen trataba de justificar el otorgamiento de efectos *erga omnes* a la sentencia y la exclusión de la fuerza retroactiva propia de una sentencia judicial.

Bajo esa concepción del legislador negativo, originariamente su modelo se estructuraba sobre cuatro elementos básicos: 1) el sujeto de control, es decir el Tribunal Constitucional *ad hoc*; 2) el control era principal por vía directa de acción, con legitimación restringida a órganos político-gubernamentales; 3) eficacia *erga omnes* y; 4) las sentencias tendrían naturaleza constitutiva *ex nunc*<sup>193</sup>.

---

<sup>191</sup> CRISFAULLI, V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedan, Papua, 1984, pp.407-408, y anteriormente, en el coloquio de Parma de 1976, *actas recogidas en la Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*. Bilancio di vent'anni attività, Il Mulino, Bolonia, 1978, *apud* ACOSTA SÁNCHEZ, José, ob. cit. p. 294.

<sup>192</sup> RUBIO LLORENTE, F., *Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa*, en la obra colectiva *Manuel Fraga. Homenaje académico*, vol. II, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1997, pp. 1411 y 1416. Es cierto, con todo, que la definición de un “sistema” depende de los criterios sobre los cuales se organizan sus elementos o variables y tal organización depende de opciones discrecionales.

<sup>193</sup> Esos elementos daban origen, como hemos visto en el capítulo II, a las características: a) la inconstitucionalidad de las leyes sólo podía ser verificada por un órgano creado al efecto para realizar esta función; b) el control sólo podía llevarse a cabo una vez que la norma hubiese sido promulgada, por eso se habla de control represivo o a *posteriori*; c) el objeto de la verificación de constitucionalidad eran, a diferencia de las Constituciones europeas predecesoras en las que nos hemos detenido antes, tanto las normas federales como las de los *länder*; d) el control no surgía como un incidente en un proceso sino que la



Sin embargo, muy pronto ese planteamiento sería relativizado por el propio Kelsen, quién, tras admitir ya en 1928 que la mayor garantía al desencadenamiento del procedimiento de control de constitucionalidad consistía en la previsión de una *actio popularis*, aunque no la consideraba recomendable dado el muy considerable riesgo de acciones temerarias, propuso un acercamiento del recurso de inconstitucionalidad a la *actio popularis*. La reforma a la Constitución austriaca de 1929 va a acoger una primera apertura en este sentido, introduciendo en el artículo 140.1 la legitimación al Tribunal Supremo y al Tribunal de Justicia Administrativa para plantear el que hoy se conoce como **cuestión de inconstitucionalidad**.

Fue, como ha dicho Juan Manuel López Ulla, el inicio del camino de aproximación entre el control de constitucionalidad concentrado y el control difuso, que desembocó en el denominado sistema mixto. Ejemplo que sería seguido en España con el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República, en 1931, donde se ha dado legitimación a todos los órganos judiciales y no solo a los de superior jerarquía<sup>194</sup>.

Esa flexibilización se va a reforzar en Austria con la reforma de 1975 que, como hemos visto, **amplía la legitimación** para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad **a todos los órganos de la jurisdicción común**, rasgo que conectado al procedimiento, conforme el propio Kelsen, constituía la mayor diferencia con el sistema norteamericano, en donde sólo la violación del interés de un particular podía desencadenar el procedimiento de control constitucional, lo que significaba la postergación del interés público que el control de constitucionalidad de las leyes entraña, y que no necesariamente coincide con el interés privado de las partes interesadas<sup>195</sup>.

El monopolio del tribunal como órgano concentrado todavía permanecía, pero aquella competencia se convertía sólo en un **monopolio de rechazo** por cuanto los órganos jurisdiccionales legitimados habrían de llevar a cabo, de alguna manera, antes de plantear la cuestión, un primer juicio de constitucionalidad en el que sustentar su decisión. Con ello, es innegable que se produce un cambio importante pues, si es cierto que el sujeto de control continuaba lo mismo, más allá de la disminución de su ya referido monopolio, se procesaba una modificación en el modo de poner en marcha el procedimiento derivado de aquella apertura.

El carácter legislativo de la función del Tribunal Constitucional sería reafirmado por Kelsen cuando, preocupado con los problemas decurrentes de vacíos jurídicos subsiguientes a la anulación de leyes, plantea la conveniencia de facultar al Tribunal para establecer –conjuntamente con la resolución que anula la norma general- que las normas generales que regían la materia con anterioridad a la ley anulada vuelvan a entrar en vigor, lo que acaba por ser introducido en el artículo 140.6 de la Constitución austriaca por ocasión de la referida reforma de diciembre de 1929.

Ese cambio, si de un lado podía reforzar la idea de legislador, dejaba al descubierto que tal función ya no podría ser considerada meramente negativa, pues, conforme señala Fernández Segado, “podría entresacarse la idea de que al Tribunal Constitucional no le estaba atribuida tan sólo la tarea de verificar un juicio de contraste en

---

impugnación de la norma se realizaba con abstracción de su aplicación a cualquier caso concreto; e) la declaración de inconstitucionalidad tenía efectos *erga omnes*.

<sup>194</sup> *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 45.

<sup>195</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La obsolescencia de la bipolaridad “modelo americano-modelo europeo-kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa*, Parlamento y Constitución, Anuario, Cortes de Castilla-La Mancha Universidad Castilla-La Mancha, 2002, p. 30.

abstracto entre la Constitución y la ley...sino que, potencialmente, al menos, también le correspondía la tarea de elegir entre los diversos grados de constitucionalidad, actuando positivamente con vistas a alcanzar aquella situación menos incompatible con el interés requerida por la defensa de la Constitución”<sup>196</sup>.

De otra parte, se procesaba una transformación en la concepción de Kelsen cuanto al término inicial de los efectos de las sentencias proferidas en el control de constitucionalidad. Para Kelsen, la anulación de la ley inconstitucional tenía carácter abrogatorio y, así, apoyado en la idea-fuerza del legislador negativo, justificaba la eficacia *erga omnes* de la sentencia estimatoria con efectos *ex nunc*, es decir, la sentencia tendría naturaleza constitutiva, respetando cuanto al pasado la validez de la ley inconstitucional.

Sin embargo, en cuanto a la extensión temporal, debe recordarse, como hemos apuntado, que el artículo 140.3 de la Constitución austriaca de 1919 ya preveía la facultad del Tribunal, tras derogar la ley, **fijar un plazo** para la publicación de la derogación; ese plazo, originariamente de seis meses, ha sido ampliado para un año en la reforma de 1929, con lo que se intentaba evitar los inconvenientes de vacíos jurídicos que la anulación de una norma pudiera ocasionar.

Ello revela que la función asignada al Tribunal, de simple legislador negativo en un sentido “nomofilactico” de mera expulsión de la norma del sistema, en verdad presentaba, desde los orígenes del sistema, excepciones constitucionales que permitían al Tribunal **modular la extensión de los efectos de la sentencia, para el futuro y para el pasado**, al diferir los efectos de la anulación y al dar vida a leyes abrogadas, lo que no dejaba de ser una forma de **retroacción**.

Ahora bien, no sólo en el derecho positivo austriaco se procesaba la ya aludida convergencia. Conforme se desprende del estudio del control llevado a cabo en Alemania e Italia tras la Segunda Guerra, la enérgica toma de posición de los Tribunales Constitucionales en el sentido de precaverse frente a una hipotética legislación arbitraria y vulneradora de los derechos fundamentales, llevaría a una concepción de la Constitución muy próxima a la norte-americana, como *Higher Law*, como Ley superior, como un complejo normativo de igual naturaleza que la ley, pero con una eficacia capaz de desencadenar la invalidez de la norma contraria a la constitucional.

Esas premisas de la concepción de la Constitución como “ley superior”, el carácter “limitado” de los poderes constituidos, expuestas por Hamilton en “El Federalista”<sup>197</sup>, y que Marshall tomaría como punto central de apoyo de su celebrísima Sentencia, al diseñar el mecanismo difuso de control de la constitucionalidad de las leyes, según García de Enterría, es la base sobre la que Alemania e Italia van a erigir su sistema, es decir, “el sistema adoptado en Alemania y en Italia va a ser el norteamericano de la **supremacía constitucional** junto con algunos rasgos del otro sistema en cuanto instrumento técnico, tesis hoy ya común, sobre todo en la doctrina alemana”<sup>198</sup>.

Por otro lado, si al carácter normativo de la Constitución como norma se anuda el hecho de que los Jueces y Tribunales deben aplicar la ley que se acomode a la Constitución, incluso utilizando la técnica de la interpretación conforme<sup>199</sup>, se advierte que

---

<sup>196</sup> Ídem, pp. 28-29).

<sup>197</sup> HAMILTON, MADISON y JAY: *El Federalista*, FCE, 1ª reimpr. de la segunda edición española, México, 1974, pp. 330-336, apud FERNÁNDEZ SEGADO, ob. cit. p. 40.

<sup>198</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., ob.cit. p. 134.

<sup>199</sup> La técnica de la interpretación conforme parte de la disyunción de disposición y normas; la primera constituye la expresión formalizada de la voluntad del legislador, o el texto, mientras la norma es el significado que se puede extraer del texto. Así, la interpretación conforme, aunque partiendo del texto, irá en

ellos también desempeñan una parte considerable del control de constitucionalidad y, en esa medida, buena parte del control antes concentrado se torna difuso y concreto.

Pero, el dato más significativo en el quebrantamiento de la concepción kelseniana del legislador negativo es el papel francamente creativo que los Tribunales Constitucionales pasan a desempeñar cuando asumen, como intérpretes y supremos guardianes de la Constitución, funciones propias de un legislador positivo a través de ***principios y técnicas sofisticadas de interpretación*** que han originado una tipología de sentencias llamadas interpretativas, un género de variantes especies, hasta las más extremadas, llamadas sentencias manipuladoras de diversificado alcance, las cuales operan positivamente, modificando e innovando el ordenamiento con la introducción de normas nuevas o diferentes de las expresadas en el texto enjuiciado.

Todo ello, conforme se tuvo oportunidad de ver en los estudios sobre el control de normas practicado en Alemania e Italia en la actualidad, implicaba en una quiebra frontal de la idea de legislador negativo como función del Tribunal Constitucional, aunque hoy tal expresión siga teniendo sentido como alusión a ***autocontrol***, de freno a las no infrecuentes extralimitaciones del órgano de control.

Europa sigue, en la segunda mitad del siglo XX, y en buena parte a consecuencia de un conjunto de exigencias derivadas del Estado social y democrático de derecho, una evolución a grandes rasgos semejantes, no obstante sus características propias, a la seguida por el derecho constitucional estadounidense. También aquí hay “Constitución viviente (*living Constitution*), necesitada, como en los EEUU, de una permanente actualización por parte de la jurisprudencia constitucional” (Albrecht Weber); reconocimiento de que “en la interpretación constitucional existe un inevitable elemento de creación de Derecho (*law making*) y que el control jurisdiccional de las leyes no puede ser realizado únicamente a partir de los criterios formales de hermenéutica jurídica” (Cappelletti); afirmación progresiva de una nueva definición del Derecho Constitucional, que deviene ante todo un Derecho jurisprudencial” (Favoreu)<sup>200</sup>.

---

búsqueda de uno, entre los varios sentidos posibles que la disposición comporte, y siendo conforme a Constitución lo aplica. La operación no oculta el amplio margen de posibilidades de construcción y de elección de sentidos por parte del intérprete, actividad muy semejante a la del legislador.

<sup>200</sup> ACOSTA SÁNCHEZ, José, ob. cit. p. 188.

### Capítulo III

#### **El Control de Constitucionalidad en España: la Influencia de los Modelos Alemán e Italiano**

##### **1) Una breve referencia histórica: de la Constitución española de Cádiz de 1812 hasta al pretendido control en el Régimen Franquista**

La Constitución española de 1812, la primera propiamente dicha, nacida durante la invasión napoleónica, incorpora los ideales revolucionarios franceses, con alto nivel de ideologización, supuso la importación de los principios jurídico-constitucionales de la separación de poderes y la supremacía del poder legislativo como depositario de la soberanía. De ahí, pese las escasas disposiciones tendentes a asegurar la defensa de su carácter normativo, la Constitución, en rigor, no ha instituido mecanismos prácticos de control de constitucionalidad sino el atribuir a las propias Diputaciones Permanentes la obligación de “velar por la observancia de la Constitución y de las leyes, para dar cuenta a las próximas Cortes de las infracciones que hayan notado”<sup>201</sup>.

Con todo, esa tarea ha sido equiparada, en la práctica, con el consagrar a los ciudadanos un derecho de petición, en cuya solución limitaban las Cortes, según las primeras interpretaciones que hicieron, a instar “al Gobierno para que cumpla y haga cumplir la Constitución y las leyes y que hagan que sean juzgados por el tribunal competente los acusados de infracción; deberán asimismo velar sobre si se hace así o no; deberán pedir que se les instruya y dar cuenta del resultado de los procesos de esta clase; y por último, si fuera necesario, deberán exigir la responsabilidad de quienes corresponda”<sup>202</sup>.

En la Carta de 1812 el legislativo es el único órgano de la soberanía nacional y se convierte en el poder predominante “santificado” por la representación y que posee el monopolio para “decretar las leyes, e interpretarlas y derogarlas en caso necesario” (art. 131); ellas son, por tanto, expresión de la voluntad nacional y no cabe pensar que ningún órgano ajeno al legislativo pueda fiscalizarlas.

En el siglo XIX la falta de efectividad real de las Constituciones españolas encuentra su explicación en las disputas entre los partidarios del Antiguo Régimen y los defensores de nuevas formas políticas; y después, incluso, entre estos, son constantes las experiencias que intentan conjugar principio monárquico y principio democrático, dando mayor o menor preponderancia a un elemento u otro. La nota común en casi todas las Cartas – 1834, 1837, 1845, 1869 y de 1876 - es la ausencia de mecanismos que asegurasen la rigidez y, consecuentemente, la supremacía constitucional<sup>203</sup>.

La Carta de 1837, considerada como una versión reducida de la de 1812<sup>204</sup>, se limitó a señalar en el artículo 63 que “a los Tribunales y Juzgados pertenece

---

<sup>201</sup> PÉREZ TREMPES, Pablo, ob. cit. p. 61, refiriéndose a la posición de Battaglini en *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, cit. p. 114-115; D. Sevilla: *La defensa de la Constitución en la Ley Orgánica Española*, REP nº 162, p. 284-285, donde se cita incluso como precedente el Reglamento para la suprema Regencia firmado por Jovellanos y Garay el 29 de enero de 1810; por fin, cita R.M. Ruiz Lapeña: *El tribunal de garantías constitucionales de la II República española*, Bosch, Barcelona, 1982, pp. 1-14.

<sup>202</sup> Ídem, p. 62.

<sup>203</sup> Ídem, pp. 68-69.

<sup>204</sup> La Carta de 1837 ha sido de las nuevas condiciones políticas y de fuertes presiones de Gran Bretaña y Francia; pero no fue una Constitución “como tal”, ni fue una reforma de la de 1812: constitucionalmente, porque no se respetaron las normas de revisión establecidas en el texto a revisar; dogmáticamente, porque se modificaron los fundamentos de la Constitución a reformar; y, en definitiva, porque lo que se aprobó fue una

exclusivamente la potestad de aplicar las leyes [...] sin que pudieran ejercer otras funciones que la de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado”<sup>205</sup>.

En la Constitución de 1845, que se presentó como una reforma a la de 1837, en verdad se limitó a reproducir en su artículo 66 lo que se había dispuesto en el artículo 63 de aquella, es decir: no se encuentra en ambas una palabra sobre la supremacía constitucional y el control de las leyes.

En el seno de la Constitución de 1869, sin embargo, es cuando se plantea, aunque de forma embrionaria, el tema de la efectividad jurídica de la norma fundamental. Los constituyentes debaten ampliamente el tema de la garantía de la superioridad de la Constitución, pero no llegan a defender la creación de sistema alguno de control de constitucionalidad.

Un primer intento de crear un control de constitucionalidad de las leyes es lo que contemplaba el Proyecto de Constitución, en la “breve y accidentada República de 1873”, en su artículo 70, cuando asignaba al Senado la función de “examinar si las leyes del Congreso desconocen los derechos de la personalidad humana, o los poderes de los organismos políticos, o las facultades de la Federación, o el Código fundamental”. El Senado, según el procedimiento que establece dicho artículo, disponía del poder de veto de una ley considerada inconstitucional durante dos años, aunque al tercer año podía ser promulgado si insistía el Congreso.

No obstante, este Proyecto, señalan de Esteban y González-Trevijano, “claramente inspirado en la Constitución americana, adoptaba también *in fine* del citado artículo, un control de constitucionalidad de las leyes atribuido al Tribunal Supremo: “Sin embargo, al poder judicial, representado por el Tribunal Supremo de la federación, le queda la facultad de declarar en su aplicación si la ley es o no constitucional”<sup>206</sup>. Se trataba, a lo sumo, de un control previo, esencialmente político, a cargo del Senado, y un control sucesivo, judicial, concentrado en un Tribunal Supremo, que parece conocer de forma incidental y con efectos *inter partes* sobre la constitucionalidad, amén de conocer de los conflictos entre los Estados miembros de la Federación. Finalmente, al Presidente de la República se le encomienda genéricamente la custodia de las Constituciones de los Estados, sin mayores precisiones<sup>207</sup>.

Un aspecto que mereció la atención de la doctrina es el hecho de que en referido proyecto por la primera vez se plantea de forma abierta el problema de la garantía constitucional en la historia española y, en particular, la posibilidad de que se otorgue, al menos en parte, competencias de control de constitucionalidad a órganos jurisdiccionales, “rompiendo así la línea tradicional anti-judicialista”, lo cual es algo novedoso, por supuesto en España, pero también en Europa ya que coincide con los modelos de justicia

---

mera ley política, de corta duración... Sólo un elemento separa la “Constitución” de 1837 de la Carta francesa que la inspira, y la caracteriza en el constitucionalismo español, a saber, el Senado, también distinto a los tres tipos siguientes de Senado hispano... tomado de la Constitución belga de 1831 (arts. 53 a 59) en cuanto a su composición social, burguesa y altamente censitaria, que era así duplicación de la Cámara baja... Destacaba como originalidad en el constitucionalismo hispano una prerrogativa tomada de la Constitución brasileña: los senadores “son nombrados por el rey a propuesta, en lista tríplice, de los electores que en cada provincia nombran los diputados a Cortes (Art. 15). (Cfr. ACOSTA SÁNCHEZ, José, ob. cit. p. 163).

<sup>205</sup> LÓPEZ ULLA, Juan Manuel, *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 55.

<sup>206</sup> DE ESTEBAN, Jorge y GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro J., ob. cit. p. 166.

<sup>207</sup> CRUZ VILLALÓN, Pedro, ob. cit. p. 304.

constitucional federal alemán, austriaco y suizo, aunque el modelo diseñado fuera exclusivamente el de jurisdicción concentrada<sup>208</sup>.

Con la restauración que traerá la Constitución de 1876 – bajo la cual se vivirá el período más largo de estabilidad constitucional de la historia de España – se producirán planteamientos de cierta trascendencia en relación con el problema de la garantía constitucional, pese al hecho de que, tal como la mayoría de las constituciones anteriores, carecía de cláusula de reforma. No obstante, la doctrina insistiría en postular la fuerza normativa de la Constitución, incluso defendiendo algún sector la introducción en España de la *judicial review* americana, porque, a pesar de la falta de preceptos que otorgaran rigidez a la Constitución, ésta era una norma superior y distinta formal y materialmente de las leyes ordinarias.

Pero, el valor jurídico de la norma fundamental no se altera en relación a la Constitución de 1869, decayendo incluso ya que se cierra, por ejemplo, la práctica de admitir recurso de casación basado sólo en la infracción de un precepto constitucional.

La razón fundamental de esa postura de los tribunales, conforme Pérez Tremps, es mucho clara: la configuración que el poder legislativo posee en el Estado. “La doctrina y la jurisprudencia española, deudoras del pensamiento jurídico francés, siguen viendo al poder legislativo, a las Cortes, como el encargado de aprobar la “sacrosanta” ley, a la que los jueces deben estar sometidos y que deben aplicar sin cuestionar su regularidad, al menos, la material”<sup>209</sup>.

La Constitución de 1931 instaaura la II República y adopta efectivamente, por primera vez en la primera post guerra, la Justicia Constitucional inspirada en el modelo kelseniano de jurisdicción concentrada en España, cuya atribución deposita en el Tribunal de Garantías Constitucionales, reconocido como uno de los órganos del Estado, el precursor inmediato del Tribunal Constitucional que vendría a ser creado por la vigente Constitución de 1978.

La corta duración en que tuvo plena vigencia es asociada a diversos factores, entre los cuales, quizá sus mayores defectos habrían sido la complejidad y amplitud de su composición, que ascendía a veinticinco miembros aproximadamente, lo que lo convertía en un órgano ingobernable y extremadamente politizado. Según el artículo 122 de la Constitución estaba compuesto por: a) un presidente, diputado o no, nombrado por las Cortes; b) el presidente del cuerpo consultivo de la República; c) el Presidente del Tribunal de Cuentas; d) dos diputados libremente elegidos por las Cortes; e) un representante por cada una de las regiones establecidas al efecto por la ley; f) cuatro profesores de las Facultades de Derecho en España; g) dos representantes de los Colegios de Abogados. Todos estos miembros funcionaban en Pleno y en Secciones, según su condición de presidente, vicepresidente o vocales.

La Constitución abría dos vías de acceso al Tribunal para la impugnación de las leyes: el recurso de inconstitucionalidad (art. 121), cuya extensión y efectos el constituyente ordenó se determinase en una ley orgánica especial, ley que, como hemos señalado, sería promulgada en 1933 con el nombre de Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (LOTGC), y a la hoy llamada cuestión de inconstitucionalidad (art. 100) por medio de la cual todos los jueces podrían impugnar aquellas leyes de cuya constitucionalidad dudasen en el ejercicio de su actividad jurisdiccional.

<sup>208</sup> PÉREZ TREMPS, Pablo, ob. cit., pp. 73-74.

<sup>209</sup> Ídem, p. 76.

daba lugar a efectos *inter partes* (*pro praeterito*, pero solo para el caso concreto). Y los efectos de la declaración de “incompetencia legislativa” finalmente, eran declarativos.

En resumen, la experiencia de la Justicia Constitucional en la Carta de 1931 no es satisfactoria desde un punto de vista técnico-jurídico, como han puesto de relieve la gran mayoría de los autores, pese a su innegable importancia a la hora de regular el modelo implantado a partir de la Constitución de 1978.

En definitiva, parece tener entera razón López Ulla cuando afirma que “los constituyentes de 1931 no siguieron los criterios que para la configuración de un órgano de justicia constitucional Kelsen había recomendado con anterioridad: numero reducido de miembros, reclutamiento según criterios relativamente homogéneos, calificación técnico-jurídica e independencia frente a los partidos, lo que repercutió de manera directa en su funcionamiento”<sup>210</sup>.

Un remedo de Justicia Constitucional, “una anécdota” en la historia jurídica española o una intención meramente formal de abrir el Régimen al mundo de las democracias occidentales. Es así que la doctrina califica el intento del Gobierno del General Franco de incorporar al ordenamiento, por medio de la Ley Orgánica del Estado (LOE), aprobada el 10 de enero de 1967 después de haber sido sometida a referéndum el 14 de diciembre anterior, el recurso de contrafuero como algo parecido al recurso de inconstitucionalidad.

En verdad, conforme Pérez Tremps, “el régimen político nacido de la Guerra Civil española que transcurre entre 1936 y 1939 es un régimen autocrático, cuya institucionalización se produce a lo largo de un proceso escalonado a través de las denominadas Leyes Fundamentales del Reino que entre 1938 y 1967 intentan dar forma jurídica al régimen. La propia naturaleza de éste excluye su caracterización de “constitucional”, entendido este término como vinculado al Estado de Derecho”<sup>211</sup>.

El Consejo del Reino no tenía potestad de decisión, se limitaba tan sólo a proponer una resolución no vinculativa al Jefe del Estado, que era quien, como supremo representante de la Nación, decidía en última instancia la validez o invalidez de la disposición impugnada. El recurso había de ser presentado en el plazo de dos meses a partir de la publicación de la ley o de la disposición de carácter general que lo motivara en el Boletín Oficial del Estado. El Presidente del Consejo del Reino habría de dar cuenta inmediata al Jefe de Estado de la interposición del recurso y lo pondría también en conocimiento de la Comisión Permanente de las Cortes o del Presidente del Gobierno, según procediera, a los efectos de que, si lo estimaban necesario, designaran un representante que defendiera ante el Consejo del Reino la legitimidad de la ley o disposición de carácter general recurrida. Si el Consejo consideraba que concurrían fundados motivos, podía proponer al Jefe del Estado la suspensión, durante la tramitación del recurso, de la ley o disposición recurrida o, en su caso, del precepto o preceptos de ella que resultaran afectados por el recurso.

El Consejo del Reino habría de solicitar dictamen acerca de la cuestión planteada por el recurso de contrafuero a una Ponencia presidida por un Presidente de Sala del Tribunal Supremo de Justicia entre cuyos componentes también habría de figurar un Magistrado de dicho Tribunal. Este dictamen se habría de elevar al Consejo del Reino con expresión de los votos particulares, si los hubiere, que finalmente, y presidido por el

---

<sup>210</sup> Ob. cit. p. 79.

<sup>211</sup> PÉREZ TREMPs, Pablo, ob. cit. p. 87.

Presidente del Tribunal Supremo, propondría al Jefe del Estado la resolución que procediera<sup>212</sup>.

El recurso de contrafuero, con tal regulación, conforme ha apuntado López Ulla, “a pesar de estos tintes jurisdiccionales, quedó confinado como una suprema instancia de naturaleza política en la que la última decisión quedaba en manos del Jefe del Estado, órgano que personificaba la soberanía nacional. El Poder Legislativo no había dejado de ser, subrayó Sánchez Agesta, un poder libre, incondicionado, soberano; las leyes siguieron derogándose única y exclusivamente por otras leyes posteriores; los jueces en virtud del artículo 7 de la LOPJ, seguían estrechamente vinculados a la ley sin posibilidad alguna de inaplicarlas o de cuestionarlas – el Tribunal Supremo no llegó a controlar la adecuación de una norma con fuerza de ley a las Leyes Fundamentales –; el Consejo del Reino – órgano de naturaleza política- tan sólo podía proponer una resolución no vinculante al Jefe del Estado, que a la más pura usanza Schmittiana, quedaba configurado como el “defensor de la Constitución”<sup>213</sup>.

En conclusión, por cualquier ángulo que se examine ese recurso no se presta como antecedente válido a la formación del sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, lo que ha llevado Pérez Tremps a afirmar que “su razón de ser hay que buscarla, más que en un intento de asegurar las Leyes Fundamentales, en un deseo de encubrir con formas jurídicas una atribución más del Jefe de Estado, manifestación de sus plenos poderes, en virtud de la cual podía controlar toda la producción normativa sin necesidad de acudir a las leyes de prerrogativa”<sup>214</sup>.

## **2) El Control de Constitucionalidad en la vigente Constitución Española: la influencia del modelo alemán e italiano**

El sistema de control de constitucionalidad español vigente ha sido instituido bajo los influjos de los paradigmas vigentes en Italia y Alemania, a partir de las experiencias históricas comparadas de la primera mitad del siglo XX, conforme señala la doctrina<sup>215</sup>, siguiendo la orientación basada en el modelo Kelseniano de control abstracto de las leyes y actos normativos con fuerza de ley que se iba a materializar por la primera vez, en el continente europeo, en la Constitución austriaca de 1920 que contempló la creación de un órgano *ad hoc* de justicia constitucional, aunque su desarrollo efectivo sólo se produce después de la Segunda Guerra Mundial.

Pero, no sólo en lo referente al control de normas por la Justicia Constitucional, sino en todo su amplio significado, ese gran viraje representó para el Derecho Constitucional la oportunidad de deflagrar la era de los derechos fundamentales en escala internacional a la que condicionaría las nuevas constituciones democráticas y el pensamiento jurídico en todo el mundo.

---

<sup>212</sup> LÓPEZ ULLA, ob. cit. pp. 127-128.

<sup>213</sup> Ídem, pp. 128-129.

<sup>214</sup> PÉREZ TREMPES, Pablo, ob. cit. p. 89.

<sup>215</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, *Problema e prospettive attuali della giustizia costituzionale in Spagna en Giorgio Lombarda Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Rimini, 1985, p. 128 y ss. Con todo, otros autores precisan que los constituyentes españoles tuvieron como referencia tanto el modelo austriaco –el prototipo de modelo concentrado- como el norteamericano o control difuso, adoptando un modelo mixto al permitir que el control se iniciase, o bien en un concreto proceso judicial, o bien directamente por actores políticos, así como estableciendo un tribunal de composición mixta técnico-política para entender de dichas cuestiones. (LOZANO MIRALLES, Jorge y Saccomanno, Albino, *El tribunal constitucional, composición y principios jurídico-organizativos (el aspecto funcional)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p.40).



El objetivo de estar en sintonía con lo que había de más avanzado en los Estados de Europa o el que Rubio Llorente llama la “homologación con Europa”, expresando el deseo de imitación de un modelo no intrínsecamente determinado, han tornado posible un amplio consenso partidario en el proceso constituyente que alejando iniciativas “tercermundistas” o simplemente “socialistas” de algunos sectores, orientó la búsqueda de fórmulas hacia algunos sistemas concretos, cuya “europeidad” era garantía de perfección y determinó un sesgo internacionalista de toda la Constitución que se proyecta tanto en la fuerza (superior, en cierto sentido, a la de la ley) de que se dota los tratados internacionales (artículo 96.1) como en la casi-constitucionalización de los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, que han de servir de criterio para interpretación de los preceptos que la Constitución les dedica<sup>216</sup>.

Alemania e Italia son los dos sistemas constitucionales concretos que más inspiraron la Carta de 1978, aunque hay en ella algún precepto inspirado en las de Portugal y Grecia, más próximas en el tiempo. La preponderante influencia alemana e italiana se debería no sólo en razón del valor intrínseco de las soluciones allá adoptadas, sino también al hecho, consecuencia de unas vinculaciones culturales muy arraigadas, de que la doctrina jurídica de estos países es hoy la mejor conocida en España, cuya anterior enseñanza del derecho público francés desapareció hace tiempo<sup>217</sup>. Tales vinculaciones culturales explican, particularmente, la decisiva y muy semejante regulación de la Justicia Constitucional en el suelo español.

El especial interés que tuvieron para España los modelos de Justicia Constitucional de referidos países se justifica por diversas razones. Conforme apunta Pérez Tremps, “en primer lugar por la influencia que tienen en la configuración del Tribunal Constitucional español en la Constitución de 1978. Pero además, hay hechos más profundos que explican el interés y esta misma influencia en nuestro vigente ordenamiento fundamental: la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución italiana nacen marcadas por un hecho básico como es el de ser normas fundamentales de dos de los Estados que habían soportados regímenes totalitarios. Ello obliga a que, con más énfasis que en otros Estados, los constituyentes de la posguerra pretendieran garantizar el orden jurídico fundamental que pocos años antes habían destruido las fuerzas nazis y fascistas respectivamente”<sup>218</sup>.

La lógica y recíproca relación entre el cambio político y el paso a la democratización del Estado español, como hubiera sucedido con los mencionados países, imponía, prácticamente como una consecuencia de la aceptación general de la fuerza normativa y superioridad constitucional, la necesidad de control del poder político, antes concentrado en el parlamento y en el ejecutivo, y la aceptación de la justicia constitucional introducida en la Carta de 1978, quizá por ello, como algo “natural” o casi indiscutible, como un eficaz freno al arbitrio.

Se trataba, al fin y al cabo, de llevar a las últimas consecuencias la opción constituyente de fundar y garantizar el Estado Social y Democrático de Derecho inscrito de entrada en el artículo 1º.1 de la Constitución, como una resultante del proceso evolutivo recorrido por el Estado Constitucional desde su nacimiento hasta nuestros días y que se presenta como una realidad propia del mundo occidental que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, trasciende a todo el orden jurídico (STC 18/1984).

Implicaba todo eso asumir que los derechos no sólo vienen a través y por acción del Estado, tampoco sólo por la sociedad o los individuos; luego admitir que, para

<sup>216</sup> RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder*, CEC, Madrid, 1997, p. 30.

<sup>217</sup> Ídem, p. 31.

<sup>218</sup> PÉREZ TREMP, Pablo, ob. cit. p. 98.

amén del derecho positivo hay algo más; un conjunto de creencias y valores, un orden valorativo que se pretende dar un contenido histórico y político, como ha hecho expresamente el artículo 1.1 CE y que, en la voz del intérprete supremo de la Ley Fundamental ha sido puesto de relieve: “la Constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de la convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico” (STC 9/1981, de 31 de marzo)<sup>219</sup>.

Propugnar por los valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, conforme sostiene Francisco Fernández Segado, “equivale a decir que el Estado asume la misión de que el ordenamiento jurídico tienda hacia esos valores, los alcance y realice. Consecuentemente, para nuestra Constitución, como razona Hernández Gil, el ordenamiento jurídico no se legitima *per se*, por proceder del Estado y atenerse a los cauces procedimentales de elaboración y formulación formalmente enunciados por la propia Constitución; bien al contrario, el ordenamiento se nos ofrece como el instrumento para la realización de los fines que la Norma Suprema enuncia como valores. Queda, pues, establecida una íntima conexión entre ordenamiento y valores, con lo que ello supone de reconocimiento de la dimensión axiológica del Derecho”<sup>220</sup>.

En definitiva, la Constitución española de 1978 traduce un nuevo planteamiento y la firme toma de decisión de los constituyentes en asegurar la normatividad de la Ley Fundamental desde una concepción del Derecho como ordenamiento, como sistema, es decir, la Constitución, desde la idea de ordenamiento, se afirma no sólo como norma, como cúspide formal de aquél, sino como cúspide efectiva, como norma con eficacia jurídica por sí misma, a la que ha de someterse todas las normas y actos jurídicos<sup>221</sup>.

El principio de jerarquía, garantizado en el artículo 93 de la CE, subordina a la Constitución, como fuente normativa de todas las restantes normas escritas y a la ley formal o norma con rango de ley, esto es, a la norma emanada de las Cortes Generales o del Gobierno, bien así las emanadas de los Parlamentos o Asambleas Legislativas regionales. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), es la fórmula con que la Ley Fundamental prescribe un mandato general de respeto al ordenamiento jurídico en que ella misma se inserta como la fuente originaria y superior de un sistema escalonado de normas.

En este precepto constitucional vinculante la noción de ordenamiento aparece íntimamente ligada a la idea inseparable de un conjunto articulado de normas, con sus

---

<sup>219</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, D. García Belaunde *et al* (Coords.), Dickinson, 1992, pp. 368 y 371-372.

<sup>220</sup> Ídem, p. 374.

<sup>221</sup> PÉREZ TREMPs, Pablo, ob. cit. pp. 100-101. En términos generales la Constitución afirma su valor normativo en dos preceptos fundamentalmente: el Art. 9.1, donde se recoge el principio de constitucionalidad al disponerse que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución...” y en la Disposición Derogatoria, en especial el apartado 3, que afirma que “...quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”. Por otra parte, esta vinculación de la Constitución viene a ser reafirmada respecto de los derechos y libertades en el Art. 53.1 lo que supone una reiteración parcial en del Art. 9.1 y sólo puede entenderse en contraste con el apartado 3 del mismo artículo 53” (RUBIO LLORENTE, F. y M. ARAGÓN en *Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad*, REP nº 7, 1979, pp. 161-162, *apud* PÉREZ TREMPs, Pablo, ob. cit. p. 102).

mandatos o prohibiciones<sup>222</sup> expresadas en textos formales cuyo quebrantamiento suele rendir consecuencias jurídicas de variadas especies según la naturaleza y el rango de las normas, distribuidas por las diversas ramas del Derecho. Indica, por lo demás, que la Constitución no se presenta como la totalidad del ordenamiento sino como una parte de él, si bien la más preeminente por su posición de máxima jerarquía y presupuesto de validez de todas las demás normas del sistema.

Sentadas esas consideraciones generales, sin las que el control de constitucionalidad de las leyes, como componente central de la idea de Justicia Constitucional, quizá no podría explicarse a todas luces, habremos de intentar ahora la descripción de los procesos jurídicos por medio de los cuales la Constitución elige los cauces específicos con los que pretende garantizar su normatividad y superioridad en el ordenamiento jurídico.

### 3) Los procesos de control de constitucionalidad

Ingresamos ahora en el estudio de los procesos mediante los cuales la justicia constitucional ejerce su función de control de constitucionalidad de las leyes y actos normativos con fuerza de ley, concepto clave y medular en torno al cual se estructura históricamente la justicia constitucional<sup>223</sup>.

Por “procesos de control de constitucionalidad” se quiere referir de modo específico a los que objetivan inmediatamente la fiscalización de las leyes y actos normativos con fuerza de ley a la luz de la Constitución con exclusión de los demás tipos procesales por medio de los que se intenta, aunque de manera indirecta, la defensa de la Constitución, tales como los procesos de recurso de amparo y los que tienen por objeto la resolución de conflictos verticales u horizontales entre órganos o poderes del Estado, respectivamente.

En el ordenamiento español, el proceso de control de constitucionalidad tiene una identidad propia, pues, en principio<sup>224</sup>, es autónomo y el juicio está, como hemos visto,

---

<sup>222</sup> SANTAMARÍA PASTOR, en un análisis sobre el concepto de ordenamiento jurídico, destaca los equívocos con que se utiliza el término basado en la dualidad de nociones; la acuñada por Kelsen y la concebida por Santi Romano. Conforme el autor, en el plano de la teoría general del Derecho, la confusión se manifiesta en la mezcla de los conceptos de Kelsen y de Santi Romano: en concreto, se utiliza la expresión acuñada por Santi Romano, pero con el contenido elaborado por Kelsen y, así, su significado pasa a ser el de conjunto articulado de normas vigentes en un concreto Estado. De ahí que se utiliza el concepto “ordenamiento jurídico” como algo susceptible de ser infringido cuando lo que puede infringirse son los mandatos o las prohibiciones, es decir, las normas, nunca la organización política, la base social, a efectos de declarar la nulidad o la anulabilidad. Aún según el autor el artículo 1.1 de la CE es equívoco: la expresión ‘valores superiores del ordenamiento jurídico’ tanto puede hacer referencia al sistema político como a un conjunto de normas, pero el Art. 9.1 despeja toda incógnita. Para él, esta norma sólo puede interpretarse en el sentido Kelseniano. (SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Ordenamiento jurídico en Temas básicos de derecho constitucional*, Tomo I, Manuel ARAGÓN REYES (Coord.), Civitas, Madrid, 2001, pp. 237-238).

<sup>223</sup> GARCÍA MARTÍNEZ, M. Asunción, *El control de constitucionalidad y sus acciones procesales*, en *Derecho procesal constitucional*, CATAÑEDA OTSU (Coord.), Jurista Editores, Lima, 2004, p.301-360.

<sup>224</sup> La referencia “en principio” deriva del hecho de que la autonomía del proceso, que es muy clara en el que respecta al recurso, ya no lo es en relación a la cuestión de inconstitucionalidad si se considera que ella se origina en el seno de un proceso anterior y en curso. Pese al objetivo común de ambos, no se puede decir, con el rigor necesario, que la autonomía del proceso de “recurso” de inconstitucionalidad se comunique a la cuestión de inconstitucionalidad, que tiene naturaleza de un procedimiento incidental que, incluso, suspende el trámite del proceso principal de que el fallo es dependiente. Son fenómenos procesales distintos así considerados en este estudio por las razones que ahora no adelantaremos. Otra cosa es el hecho – también discutible, a nuestro ver – que el juicio en uno y otro sea siempre abstracto en el sentido puro que se le atribuye.

concentrado en el Tribunal Constitucional, órgano independiente y ajeno a la estructura del poder judicial, cuyas resoluciones vinculan a todos los poderes públicos del Estado. Referida función se desarrolla, en los procesos de inconstitucionalidad, por dos vías distintas: el recurso de inconstitucionalidad de las normas con fuerza de ley, tanto las del Estado como las de las Comunidades Autónomas (art. 161.1 a, CE), y la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE a y art. 35, LOTC). En este mismo apartado se incluye el que la doctrina llama auto-cuestión de inconstitucionalidad (art. 55.2, LOTC)<sup>225</sup>. Esta competencia es, para García de Enterría y muchos otros renombrados autores, nuclear del Tribunal, la que procede directamente de la invención básica americana de una *judicial review* sobre las decisiones del legislativo<sup>226</sup>.

El mecanismo de control incide siempre que surja el vicio de constitucionalidad en la norma con fuerza de ley, tanto si se produce en su proceso de formación – vicio formal – cuando su contenido esté en contra de los preceptos, mandatos constitucionales, reglas o principios constitucionales, es decir, cuando en la norma impugnada haya un vicio material o substancial frente a la Norma Fundamental. Sin embargo, ni todo vicio formal conduce necesariamente a la declaración de nulidad de la ley, habiendo de modularse esa consecuencia en el análisis del caso concreto a través del principio de la proporcionalidad.

Característica del sistema de control de constitucionalidad europeo y, por supuesto, del español es el de que, básicamente, el Tribunal sólo actúa a instancia de los legitimados, nunca de oficio, y que el control es de tipo represivo o *a posteriori*, es decir, ocurre tras la vigencia de la ley. La posibilidad de control previo de constitucionalidad en el derecho español es reservada a un único supuesto: el control de los tratados internacionales prevista en los artículos 95 CE, 10, letra d) y 27.1, letra c) LOTC, para lo cual son legitimados el Gobierno y cualquiera de las Cámaras, cuyo procedimiento viene regulado en el artículo 78 de la misma Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En relación a las normas de Derecho comunitario europeo, directamente aplicables en España e incluso con primacía sobre la ley interna, su parámetro de control está en el Derecho comunitario, correspondiendo su fiscalización al Tribunal de Justicia de las Comunidades de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo. Conforme ha señalado el Tribunal Constitucional “la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es una cuestión infraconstitucional y por la misma excluida tanto del ámbito del recurso de amparo como de los demás procesos constitucionales” (STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4) y, anteriormente, ya había afirmado que la integración de España en la Comunidad Económica Europea “no significa que por mor del artículo 93 se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entraña necesariamente a la vez una conculcación del citado artículo 93 de la CE” (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4). No son, por ello, objeto de nuestro estudio.

### 3.1) El Recurso de Inconstitucionalidad

---

<sup>225</sup> Apunta Asunción GARCÍA MARTÍNEZ que, pese la consideración de cuestión de inconstitucionalidad que la LOTC hace, sin embargo la auto cuestión tiene suficientes características propias que le dan una entidad específica frente a la cuestión de inconstitucionalidad (*El recurso de inconstitucionalidad*, Trivium, Madrid, 1992., p. 32).

<sup>226</sup> Ob. cit. p. 137. En el mismo término ARAGÓN REYS, Manuel, ob. cit. p. 22.

El recurso de inconstitucionalidad, conocido como acción<sup>227</sup> directa de inconstitucionalidad en otros ordenamientos<sup>228</sup>, es la vía procesal en la que se lleva a cabo la actividad de control abstracto de normas, porque se instaura no sobre un conflicto de intereses concretos, para el cual sea necesario dilucidar previamente una cuestión jurídica interpretando constitucionalmente una norma de decisión, sino una discrepancia abstracta entre la Ley o disposición normativa con fuerza de ley y la Constitución. Se trata de un recurso *directo* al Tribunal Constitucional al margen de todo litigio y de sus hechos; de forma *concentrada*, puesto que dirigido a un órgano de única instancia para resolverlo en definitivo; *a posteriori*, como mencionado, ya que sólo se puede plantear una vez que la norma ha entrado en vigor; *sometido a plazo*, en razón de que ha de interponerse en un tiempo determinado; y con una *legitimación limitada*, puesto que no está al alcance de cualquier sujeto publico o privado, pero reservada a actores específicos<sup>229</sup>.

Se trata de un instrumento de control *instado por razones políticas*, derivadas de *conflictos* entre mayoría y minoría parlamentaria acerca de la ley e entre los órganos centrales del Estado y los autonómicos. Es decir, conforme asienta Asunción García Martínez, “es el pórtico de un proceso directo o principal en el que la ley aparece como el fruto concreto de un acuerdo político, al margen de su efectividad real. Es la falta de ese acuerdo (entre mayoría y minorías parlamentarias, o entre instituciones centrales y territoriales), es decir, es *el problema político* que suscita dicha ausencia, el que puede llevar al planteamiento ante al Tribunal Constitucional del recurso de inconstitucionalidad para que el órgano jurisdiccional se pronuncie al respecto, pacificando el conflicto<sup>230</sup>”.

Pero, si la actuación de los actores legitimados implica trasladar al Tribunal Constitucional, como instancia ajena al Parlamento, la resolución del conflicto político por medio del recurso de inconstitucionalidad, la forma de su resolución posee naturaleza jurisdiccional, en la medida que el órgano competente actúa sometido a criterios jurídicos, basados en principios y valores que sostienen el orden constitucional.

### 3.1.1) Objeto

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en su título II – De los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad – abre el capítulo 1, de las disposiciones generales, con el artículo 27 en el cual presenta el siguiente rol de normas susceptibles de declaración de inconstitucionalidad: a) los estatutos de autonomía y las demás leyes orgánicas; b) las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley. En el caso de los Decretos legislativos, la competencia del Tribunal se extiende sin perjuicio de lo previsto en el número 6 del artículo 82 de la Constitución; c)

<sup>227</sup> Pablo PÉREZ TREMPs también se refiere al recurso de inconstitucionalidad como “una acción jurisdiccional nacida precisamente para controlar la adecuación a la Constitución de las normas con fuerza de ley; se trata, por tanto, de una impugnación directa de la norma” (*El tribunal constitucional*, en *Derecho constitucional*, vol. II, *Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 262).

<sup>228</sup> El término “recurso”, en la teoría general del proceso es expresión técnica utilizada para designar el medio de que disponen las partes para impugnar una decisión contraria a sus intereses en el curso de un proceso judicial o administrativo; desde el punto de vista técnico, la expresión que exprime el fenómeno es acción o el derecho/poder de exigir la actividad jurisdiccional de manera originaria. La acción directa de inconstitucionalidad esta prevista, por ejemplo, en el Art. 102, I, de la Constitución Federal Brasileña. Es también el caso de México (Art. 105 de la Const. vigente) y Perú (Art. 202.1 de su Constitución de 1993).

<sup>229</sup> DE ESTEBAN, Jorge y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P., *Curso de derecho constitucional III*, Servicio de Publicación de la Facultad de Derecho de la UCM, 1984, p. 225.

<sup>230</sup> *La Ley orgánica 06/2007 y el juez de la ley*, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, Num. 17-Diciembre 2007, Madrid, p. 28.

los tratados internacionales; d) los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales; e) las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades autónomas, con la misma salvedad formulada en el apartado b) respecto a los casos de delegación legislativa; f) los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades autónomas.

A continuación pasamos en revista las especies normativas. Haremos la descripción individuada, según la naturaleza jurídica y posición de esas normas en el sistema de fuentes y cómo se concreta el enjuiciamiento a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

#### **a) Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley.**

La ley formal es, por excelencia, una de las categorías jurídicas que disfruta de un concepto más bien definido históricamente como el producto de la manifestación típica del poder legislativo que innova el ordenamiento jurídico, creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas en nombre de la representación popular, mediante procedimientos específicos trazados por la propia Constitución, en principio dotada de los atributos de la abstracción y generalidad y capaz de obligar a su obediencia por todos. Entran, pues, en esta categoría de ley formal tanto las leyes ordinarias como las llamadas leyes orgánicas, que en rigor poseen rango único<sup>231</sup> pese al estricto procedimiento legislativo de formación a que estas últimas están sujetas en función del ámbito material que regulan.

Sin embargo, dado el surgimiento y la profusión de otras clases de normas con efectos similares o idénticos – lo que ha sido justificado como una de las necesidades del “derecho moderno”, en el mundo de las “urgencias” – el concepto de ley como fruto de la soberanía y de la aspiración popular, ha dejado de poseer en la realidad el significado de unidad para transformarse en un concepto amplio o genérico, como un compuesto fragmentario<sup>232</sup> de normas del mismo rango legal, aunque con características y funciones

---

<sup>231</sup> Sobre el concepto unitario de la ley formal, de lo cual deriva un rango jerárquico único, Asunción GARCÍA MARTÍNEZ no hace distinción entre las leyes formales, cualquiera que sea el procedimiento parlamentario para su elaboración; de ahí entender “evidente que la diferenciación entre leyes orgánicas y ordinarias se basa en el distinto cauce procedimental que el artículo 81.1 de la Constitución establece entre ambas, sin que del mismo pueda deducirse rango jerárquico de aquellas (*El recurso de inconstitucionalidad*, Trivium, Madrid, 1992, p. 55).

<sup>232</sup> GARRORENA MORALES, A., describe esa fragmentación de la ley y sus causas en el constitucionalismo demoliberal de los últimos ochenta años que ha generado una multiplicidad de tipos normativos, todos con condición y rango de ley, esto es, todos los cuales son leyes. Conforme el autor, una de esas transformaciones producidas es la apertura al Ejecutivo de la posibilidad de dictar – bajo ciertas condiciones- actos con fuerza de ley y la creciente emergencia de Estados con descentralización territorial, produciendo una dislocación del poder de dar la ley. “A ello hay que añadir en nuestros días la preferencia de muchos ordenamientos jurídicos por introducir frecuentes singularidades de procedimiento (leyes cualificadas, leyes atípicas...) dentro de ese bloque común que son las leyes de elaboración parlamentaria. En el caso español, ha sido precisamente la convergencia de estos tres ejes de fragmentación la que ha producido el barroco resultado que de todos es conocido: leyes ordinarias de Cortes (Art. 66 ); leyes regionales de diecisiete parlamentos autonómicos (cuya potestad legislativa no habilita directa, sino indirectamente, la CE a través de los Estatutos de Autonomía); decretos leyes (Art. 86); decretos legislativos (Art. 82); también decretos legislativos de aquellos Gobiernos autonómicos que tienen atribuida esa facultad (y aun decretos-leyes regionales, en algún caso, sin base estatutaria); leyes orgánicas (Art. 81); también leyes cualificadas por la exigencia de mayoría absoluta en ciertas Comunidades; leyes de armonización (Art. 150.3), etc., expresan la diversidad de tipos legales en que ha quedado atomizada entre nosotros la vieja unidad de la ley” (*Fuentes de Derecho in Temas básicos de derecho constitucional, tomo I, Constitución, Estado constitucional y fuentes de desarrollo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 298).

muy diferentes en el sistema jurídico. Por ello, el sistema de control de constitucionalidad de las leyes coherentemente habría de incluir como su objeto no sólo las leyes formales típicas, sino también una serie de formas normativas a ellas equiparables.

La Constitución, al referirse a la jurisdicción del Tribunal Constitucional en su artículo 161.1 a), específicamente al recurso de inconstitucionalidad, emplea las expresiones “leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley” como objetos normativos que autorizan el ejercicio de la vía procesal. La expresión “rango de ley” la Constitución utiliza en diversos dispositivos; en los artículos 82 (que se refiere a los decretos legislativos), 161.1 a) – segunda parte- y 163 al regular las cuestiones de inconstitucionalidad). También la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional lo emplea en su artículo 35.1, al referirse a la cuestión de inconstitucionalidad y en el artículo 67, en relación a los conflictos de competencia.

También la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional emplea la expresión “fuerza de ley” cuando se refiere a los procedimientos que regulan la declaración de inconstitucionalidad en su artículo 31, mientras en el artículo 42 menciona la expresión “valor de ley” para referirse a los actos emanados de las Cortes Generales o de cualquiera de sus órganos o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

En el intento de sistematizar el uso de referidas expresiones a efectos del control de constitucionalidad, cumple precisar que “rango de ley” y “valor de ley” son términos que denotan el grado o posición de la norma, o mejor dicho, es expresión con la que se intenta equiparar tipos de normas ontológicamente diversas de la ley. Esa conclusión, por demás evidente, resulta de la premisa de que, siendo la ley la categoría que ocupa una situación específica y preeminente en la escala jurídica de acuerdo con la teoría de las fuentes, la técnica de atribuir rango y valor de ley a otras normas es el modo de equiparación que proceden la Constitución y la Ley Orgánica al efecto de someterlas al control de constitucionalidad<sup>233</sup>. Es decir, como dice Rubio Llorente: rango y valor de ley son “sinónimos” que significan sólo una característica procesal de determinadas disposiciones: la de poder ser objeto de determinados procesos ante el Tribunal Constitucional<sup>234</sup>.

Pero la fuerza de ley que, de acuerdo con una concepción unitaria, era junto con su rango, la marca exclusiva de la ley formal, ahora se ve escindida y es aplicable – precisamente en razón del fenómeno de la quiebra de unidad de la ley- a distintos tipos de leyes, distintas disposiciones y actos que tienen muy diferente fuerza de innovar y muy diferente fuerza de resistir, ya que una disposición puede tener rango de ley sin tener fuerza de ley<sup>235</sup>.

Precisando aun más, podría decirse que la fuerza de ley alude a la consecuencia operativa que la ley despliega en el sistema jurídico<sup>236</sup>. Pero, como las fuerzas son distintas

---

<sup>233</sup> La doctrina aplica la expresión rango de ley a los decretos-ley, decretos legislativos y tratados internacionales. Por ejemplo Ignacio DE OTTO, (*Derecho constitucional sistema de fuentes*, Ariel derecho, Barcelona, 2001, p. 84); todos son objeto de control por la vía del recurso; el decreto-ley seguramente por su fuerza de ley, aunque también pueda ser objeto de la cuestión de inconstitucionalidad por su rango.

<sup>234</sup> RUBIO LLORENTE, F. *La forma del poder*, CEC, Madrid, 1997, p. 288.

<sup>235</sup> Ídem, p. 288.

<sup>236</sup> “En la doctrina clásica la fuerza de ley era la nota distintiva de ésta por antonomasia, el núcleo duro del concepto. La fuerza de la ley tenía, a su vez, una doble faceta, activa y pasiva. Fuerza activa de la ley, o fuerza de la ley en sentido activo, que otros llamaban el poder innovador, era la capacidad exclusiva de la ley para modificar cualquier punto del orden jurídico preexistente, incluso en muchos casos y para muchos autores, del orden jurídico constitucional preexistente. Fuerza pasiva era, a su vez, la resistencia específica de

según los diversos tipos de normas, su potencia –la capacidad de innovar y de resistir a la innovación- sólo puede ser verificada en cada ámbito material concreto a que le pertenece conforme le adscribe la Constitución. Esto sucede porque, de acuerdo con el principio de competencia, adoptado en el derecho español juntamente con el principio de jerarquía, rectores del sistema de fuentes, sólo hay relación jerárquica entre normas que están dentro de la misma línea; no hay jerarquía, en cambio, entre normas competencialmente relacionadas, incluso aunque en abstracto su rango sea distinto. Sólo donde hay identidad de materia hay jerarquía<sup>237</sup>.

El criterio adoptado por la Constitución y la LOTC al establecer la competencia del Tribunal Constitucional para el control de constitucionalidad en la vía directa es la fuerza de ley –no la forma de la norma-, su núcleo esencial que, por supuesto, obvia y supera otras fórmulas menos concretas, abarcando cualquier manifestación normativa del poder estatal en todos los ámbitos y que reúna esa calidad.

Así, siendo el control de constitucionalidad en la vía directa un control de poder en defensa de la supremacía de la Constitución – lo que se podría llamar control de la capacidad de normar o de las fuentes-, nos parece cierto que las expresiones “disposiciones normativas y actos con fuerza de ley”, que toman la potencia de la ley formal como referencia dirigida a los enunciados lingüísticos<sup>238</sup>, son congruentes con esa concepción de inconstitucionalidad, susceptible de producirse en varios supuestos del ordenamiento jurídico-constitucional<sup>239</sup> y que, de manera más propia, dada su naturaleza y

---

la ley para no ser modificada ni derogada si no es por otra ley, es decir, por otra norma dotada de la misma fuerza específica. Todas las leyes y sólo las tenían esta fuerza y, al menos desde este punto de vista, sólo había una especie de ley, la que emanaba de la potestad legislativa del Estado”. (RUBIO LLORENTE, *La forma del poder*, CEC, Madrid, 1997, p. 287). Conforme subraya el autor, hoy ya no se puede atribuir más este contenido a la fuerza de ley, pues muchas de las disposiciones a las que es forzoso atribuir rango o valor de ley, ni los decretos legislativos, decretos-ley y reglamentos de las Cámaras tienen fuerza de ley en sentido activo. Tampoco cabría hablar de una fuerza pasiva idéntica de todas las leyes. (Ídem, p. 287).

<sup>237</sup> “El principio de competencia es, junto al principio de jerarquía-fuentes, uno de los principios rectores del sistema de fuentes del Derecho en el ordenamiento español. En cuanto tal, se trata de uno de los modos posibles de organizar un ordenamiento complejo, o sea, un ordenamiento en el que coexisten diversos tipos normativos, cada uno de los cuales es expresión de una diferente potestad normativa, atribuida usualmente a un órgano distinto y con un propio *nomen iuris* (ley orgánica, reglamento parlamentario, etc.). En sustancia, la competencia normativa consiste en acotar un ámbito material y encomendar su regulación a un determinado tipo de norma, de manera que los demás tipos de normas no pueden, en principio, incidir sobre dicha materia.” (Cfr. DIEZ-PICAZO, L. Mª, *Competencia. Fuentes, in Temas básicos de derecho constitucional, tomo I, Constitución, estado constitucional y fuentes de desarrollo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 242).

<sup>238</sup> De acuerdo con la teoría del Derecho, en el concepto de norma se distingue el enunciado lingüístico en si mismo considerado, con el nombre de ‘disposición’, y el significado que dicho enunciado posee, al que corresponde la denominación de ‘normas’ en sentido estricto. Tal precisión es obligada cuando se tiene en cuenta que un mismo mandato puede ser expresado mediante formulas lingüísticas diversas (p. ej., los artículos 11.2 de la Constitución y 34 del Código Penal); que un solo enunciado puede contener, acumulativamente, normas diversas (p. ej., el Art. 24.2 de la Constitución); y que un único enunciado puede contener, alternativamente, dos o más normas distintas, en función de la interpretación que reciban sus términos (p. ej., el Art. 81 de la Constitución) (SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Norma jurídica in Temas básicos de derecho constitucional vol. I, Constitución, estado constitucional y fuentes de desarrollo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 245).

<sup>239</sup> ARAGÓN REYES ofrece una serie de actos cuya fuerza de ley les vendría dada por la intervención parlamentaria en su emanación, pero cuyas características los harán más propios del control a través del recurso de inconstitucionalidad, tales como: el acto de convalidación o derogación por el Congreso de los Diputados (Art. 86.2 CE) de los Decretos-leyes, acto perfectamente diferente del propio Decreto-ley tanto por su causa de impugnación ante el Tribunal Constitucional como por el comienzo del cómputo del plazo (Art. 33 LOTC) para hacerlo; el acto de autorización o de denegación de autorización de los Tratados internacionales previsto en el artículo 94.1 CE; del Decreto de convocatoria de referéndum previsto en el



la eficacia inmediata, son objeto del recurso de inconstitucionalidad y no de la cuestión de inconstitucionalidad, tampoco del conflicto de competencia entre los entes políticos<sup>240</sup>.

## **b) Las Leyes Orgánicas y los Estatutos de Autonomía**

En cuanto a las leyes orgánicas y a efectos del control de constitucionalidad, nos interesa examinar, fundamentalmente, cómo se configura este tipo de normas y cuál es su posición en el ordenamiento jurídico español de acuerdo con la regulación que hace la Constitución en el Capítulo II del Título I. El artículo 81 reserva esta figura normativa para las materias relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas y el régimen electoral y las demás previstas en la Constitución, además, es claro, de las que aprueban los Estatutos de Autonomía que aun veremos. Su procedimiento de aprobación, modificación o derogación, exige, de conformidad con el apartado 2, mayoría absoluta del Congreso en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

Aparte de especificar esas reservas y otras exigidas en diversos dispositivos, la Constitución confiere a la Ley Orgánica una protección especial en el sistema infraconstitucional de fuentes al no permitir que las materias que le son reservadas puedan ser objeto de delegación legislativa en comisión (art. 75.3), ni a favor del Gobierno (art. 82.1), así como tampoco la iniciativa legislativa popular (art. 87.3). Por otra parte, la ley orgánica funciona como una de las tres fuentes (además de la propia Constitución y de los Reglamentos de las Cámaras) de validación de determinados acuerdos parlamentarios (art.79.2)<sup>241</sup>.

El concepto de ley orgánica se caracteriza, por lo tanto, en tener un ámbito material determinado constitucionalmente –criterio material- y por requerir aprobación por mayoría reforzada del Congreso de los Diputados en una votación final sobre el conjunto del proyecto –criterio formal. Esta naturaleza material fue tempranamente subrayada por el Tribunal Constitucional en sus SSTC 5/1981, de 13 de febrero, 76/1983, de 5 de agosto, y 137/1986, de 6 de noviembre, por las que ha desarrollado una interpretación considerada material de la ley orgánica.

---

artículo 92.2 CE, que no emana sólo del Gobierno, sino que requiere la previa autorización del Congreso de los Diputados, entre otros. Y, como señala, habría que indagar también qué actos con fuerza de ley de las Comunidades puede haber, dada la previsión de los arts. 27, 28 y 32.1 LOTC. Y concluye: “parece que ésta [segunda] hipótesis es la más congruente con la finalidad pretendida por la LOTC al incluir los actos con fuerza de ley (como categoría diferenciada de las normas con fuerza de ley) en el objeto del recurso de inconstitucionalidad y no en el de la cuestión, de inconstitucionalidad”. (*Actos con fuerza de ley, in Temas básicos de derecho constitucional tomo I, Constitución, estado constitucional y fuentes de desarrollo*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 342-343).

<sup>240</sup> La afirmación contenida en el texto parece corroborada con la sistemática de la propia Constitución, cuyo Art. 161.1 a) y LOTC, Art. 31, reservan la expresión “disposiciones normativas y actos con fuerza de ley” al recurso de inconstitucionalidad, lo que supone tratarse de productos jurídicos emanados de aquellos poderes políticos, entre los que detienen legitimación activa para la demanda ante el TC. Y, además, porque de manera ahora evidente, la inconstitucionalidad posible no parece del tipo simplemente jerárquico para el cual es bastante proceder el confronto entre normas de “la misma escala jerárquica”, sino más bien un conflicto que puede establecerse entre centros de producción del derecho distribuidos por la Constitución a los poderes públicos previamente. Por otro lado, el Art. 61 LOTC, al regular los conflictos de competencia, coherentemente no se refiere a “disposiciones normativas y actos con fuerza de ley”, sino a cualquier “disposiciones, resoluciones y actos emanados de los órganos del Estado o de los órganos de las Comunidades Autónomas o la omisión de tales disposiciones, resoluciones o actos”, lo que indica claramente que el criterio para el control directo ha sido el de las fuentes de producción del derecho.

<sup>241</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J., *Ley orgánica, in Temas básicos de derecho constitucional tomo I, Constitución, estado constitucional y fuentes de desarrollo*, Manuel ARAGÓN REYES (Coord.), Civitas, Madrid, 2001, p. 314.

En la primera sentencia dejó asentado: “Cuando en la Constitución se contiene una reserva de ley ha de entenderse que tal reserva lo es a favor de ley orgánica – y no una reserva de ley ordinaria- solo en los supuestos que de modo expreso se contienen en la norma fundamental (art. 81.1. y conexos). La reserva de ley orgánica no puede interpretarse de forma tal que cualquier materia ajena a dicha reserva por el hecho de estar incluida en una ley orgánica haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango y de la necesidad de una mayoría cualificada para su ulterior modificación (art. 81.2 CE), pues tal efecto puede y aun debe ser excluido por la misma ley orgánica o por sentencia del Tribunal Constitucional que declaren cuales de los preceptos de aquella no participan de tal naturaleza” (STC 5/1981, de 13 de febrero).

El principio de la democracia ha sido el fundamento decisivo de aquella sentencia, ya que, dijo el Tribunal, “llevada a su extremo, la concepción formal de la ley orgánica podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en su momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan solo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas” (STC 5/1981). Y, en la STC 76/1983, de 5 de agosto, ha llegado a concluir que “si es cierto que existen materias reservadas a leyes orgánicas (art. 81.1CE) también lo es que las leyes orgánicas están reservadas a estas materias y que por tanto sería disconforme con la Constitución la ley orgánica que invadiera materias reservadas a la ley ordinaria”.

En cuanto a su posición en el sistema de fuentes, la doctrina y la jurisprudencia han mantenido interpretaciones muy divergentes. De acuerdo con una concepción formal, inicialmente sostenida y luego abandonada, dada la especial rigidez de la ley orgánica, derivada de su proceso de formación, habría una clara superioridad jerárquica de esta fuente en relación a las demás leyes, aun cuando su contenido sólo obedezca parcialmente a las reservas impuestas por la Constitución. Habría, por tanto, una diferencia formal o de rango de la que derivaba la invalidez (por defecto de forma) de toda ley ordinaria que pretendiese modificar o derogar una ley orgánica.

Pero, para otra corriente, la ley orgánica es un tipo especial de ley y que, por tanto, su relación con la ley ordinaria no puede hacerse sobre la base del criterio de jerarquía, sino al principio de competencia. Este ha sido el criterio recogido por el Tribunal Constitucional en su STC 137/1986, al sostener que las leyes orgánicas y ordinarias no se sitúan, propiamente, en distintos planos jerárquicos..., de suerte que es claro que el principio de jerarquía normativa no es fundamento adecuado para enjuiciar la posible inconstitucionalidad de una ley ordinaria por supuesta invasión del ámbito reservado a la ley orgánica (STC 213/1996, de 19 de diciembre”).

Esa distinción pura y simple entre ley orgánica y ley ordinaria por contenidos propios, conforme reconoce la doctrina, plantea problemas prácticos<sup>242</sup>; el legislador en algunos casos termina por tratar en un solo instrumento legal materias pertenecientes a los

---

<sup>242</sup> Muchas veces es fácil desplazar a leyes ordinarias ciertos contenidos relacionados con la LO, incluso por proyectos de leyes paralelos; en otros casos, esa escisión perjudica la unicidad, eficacia y la propia efectividad de la ley. En otros casos, es cuestión de pura estrategia política conferir rigidez a la materia por medio de LO, a pretexto de una conexión etc, lo que, a juicio del TC, vulnera el principio democrático, pues “la Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas” (STC 5/1981, de 13 de febrero).

dos ámbitos, esto es, al que es propio de la ley orgánica, incluso las materias conexas<sup>243</sup>, y a otros regulables por ley ordinaria. El Tribunal en reconocimiento de tales dificultades admite esa mezcla de contenidos – que justifica por razones de “conexión temática, sistematicidad o buena política legislativa” (STC 5/1981)- a condición de que el legislador precise en la propia ley lo que considera materia orgánica o no, so pena de que él mismo, al enjuiciar la ley, lo haga y declare, en su caso, la inconstitucionalidad. Ya en la STC 76/1983, el Tribunal pasa a exigir que el contenido de los preceptos no orgánicos “desarrollen el núcleo orgánico y...constituyan un complemento necesario para su mejor inteligencia”; además, señala que la calificación de la ley como orgánica en su conjunto únicamente estaba justificada cuando su núcleo esencial perteneciera a la materia reservada (FJ 51 d)<sup>244</sup>.

Conforme se deduce de la STC 76/1983, las normas no orgánicas han de “desarrollar el núcleo orgánico”, con lo que se impone al legislador la obligación de justificar la conexión o la interdependencia de las normas a efecto de permitir el posterior control jurisdiccional sobre la legitimidad de la ley. De modo que, parece evidente, el juicio del Tribunal incidirá sobre la norma impugnada a la luz de la Constitución, y el juicio del legislador concretado en las disposiciones adicionales o las “cláusulas de deslinde” deberá ser examinado como se hace normalmente en relación a cualquier norma frente a la Constitución.

En el supuesto de que una ley orgánica no haya sido recurrida y una ley ordinaria posterior venga revocar un precepto de aquella, por entender el legislador ordinario que él no tenía el carácter reservado que se le atribuyó, el Tribunal no quedaría vinculado a calificación hecha por el legislador orgánico, pudiendo enjuiciar libremente, en un procedimiento de control de constitucionalidad regularmente instaurado<sup>245</sup> si la ley ordinaria infringe o no el dispuesto en el artículo 81.1 CE<sup>246</sup>.

En suma, de acuerdo con el criterio material del Tribunal, lo que debe indagarse es la verdadera naturaleza de la norma. De suerte que, en la hipótesis del legislador orgánico calificar una materia como reservada, no reservada o no reservada pero conexa, será posible plantear el recurso de inconstitucionalidad contra la ley orgánica de que se trate, pura y simplemente. Si la ley orgánica priva de rigidez una norma que debía tener ese carácter, la norma susceptible de control será aquella que niegue esa virtud; en cambio, la norma que califica indebidamente una materia como reservada o no reservada pero conexa deberá ser el objeto de impugnación. Un juicio de inconstitucionalidad por parte del Tribunal implicará, para el primer caso atribuir fuerza activa y pasiva a la norma en cuestión, lógicamente (no la cláusula adicional); en el segundo implicará la nulidad de

---

<sup>243</sup> Conexas son aquellas materias que no forman parte del ámbito reservado a la ley orgánica pero se encuentran con ella relacionada y justifican su integración en un documento único, caracterización que no siempre es sencilla. Tales materias, aunque figuren en la LO no tienen la fuerza pasiva propia de ésta.

<sup>244</sup> BALLARÍN IRIBARREN, J., *Materias conexas, en Temas básicos de derecho constitucional, tomo I, Constitución, estado constitucional y fuentes de desarrollo*, Manuel ARAGÓN REYES (Coord.), Civitas, Madrid, 2001, p.318.

<sup>245</sup> Debe notarse que en este caso tanto se podría promover un recurso de inconstitucionalidad, cuya pretensión fuese la de anular preceptos de la ley ordinaria para mantener íntegra la LO, cuanto una cuestión de inconstitucionalidad si el juez estuviese en duda cuanto a la validez de la ley ordinaria.

<sup>246</sup> Como dice la STC 224/1994, o bien las normas...regulan una materia no reservada a la LO – con lo que las dos serían constitucionalmente legítimas si bien la primera de ellas, aunque incluida en la LOPJ, únicamente gozaría de la fuerza pasiva propia de las leyes ordinarias - ...o bien, en otro caso, habría de concluirse en la inconstitucionalidad del precepto cuestionado – de la ley ordinaria posterior- (FJ2.C). Por lo expuesto, el problema se plantea en los mismos términos que una antinomia entre dos leyes orgánicas respecto de una materia para la que únicamente es competente una de ellas (STC 213/1996)”.

los preceptos por propios de ley ordinaria, en ambos supuestos por vulneración del artículo 81.1 CE.

Por consiguiente, siendo cierto que el legislador ordinario no está impedido de todo de disponer sobre asuntos reservados a la ley orgánica, pudiendo haber una colaboración recíproca entre ley orgánica y ley ordinaria, en tal supuesto la cuestión estará en verificar en que medida el legislador ha utilizado adecuadamente cada una de las fuentes<sup>247</sup>. Y en el supuesto de una ley orgánica híbrida, esto es, un único instrumento normativo conteniendo normas de ley ordinaria y normas propias de ley orgánica, la tarea del Tribunal es muy más compleja, porque hay que proceder a una depuración entre el contenido esencial o el núcleo orgánico de la materia y lo secundario, accesorio, conexo o instrumental, para atribuir, o mejor, declarar, cuáles los preceptos poseen las correspondientes fuerzas activa y pasiva. Y ello ni siempre sería sencillo, pues el hecho de que una parte de la ley sea solo instrumental, razones de seguridad jurídica pueden determinar que hagan parte del mismo rango de la ley orgánica.

No debe olvidarse, además, que, siendo la reserva de ley orgánica una garantía de los derechos a los que se refiere el artículo 81.1 CE, una ley ordinaria posterior que contradiga a una ley orgánica que haya regulado correctamente aquellos contenidos implicará, por incorrecta interpretación de la reserva, la violación de los propios derechos, tal como ha reconocido el Tribunal en las SSTC 140/1986, 160/1986 y 127/1990, citadas por la 118/1992, FJ 2).

Una connotación especial tienen los Estatutos de Autonomía. España es un Estado autonómico, proclamado y garantizado en el artículo 2 de la Constitución en el cual se sientan tres principios básicos: la unidad, autonomía y solidaridad. La autonomía, referida a las nacionalidades y regiones, conforme el Tribunal Constitucional, “consiste en el derecho a acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas” (STC 100/1984, F.2). Los Estatutos de Autonomía, aprobados como leyes orgánicas<sup>248</sup> por las Cortes Generales, funcionan como el referencial básico, en los términos del artículo 147.1 CE son “la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma”, en el que se estructuran y se delimitan las condiciones en que las Comunidades Autónomas pueden ejercer sus competencias legislativas, emanando productos legislativos que poseen el mismo rango de ley de las leyes estatales.

Como ley generada por las Cortes con la intervención de la Comunidad en el ejercicio del poder estatuyente, sea en la elaboración o sobre todo en su modificación o

---

<sup>247</sup> En caso de que haya concurrencia entre ley ordinaria de las Comunidades Autónomas y leyes de las Cortes Generales sobre una misma materia, por supuesto habrá que procederse a la distinción entre el que es reservado a la ley orgánica; en esta primera etapa prevalecerá siempre la ley orgánica frente a la ley ordinaria en aquello que le compete reglamentar; y, por el mismo principio de competencia, se deberá determinar el que, cuales materias, han quedado constitucionalmente y estatutariamente conferidas a los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas y cuales corresponden a las Cortes Generales (Cf. STC 5/1981).

<sup>248</sup> En el artículo 150 la Constitución prevé el apartado 1, la posibilidad de las Cortes Generales, “en materia de competencia estatal, atribuir a todas o a algunas de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal. Sin perjuicio de la competencia de los Tribunales, en cada ley marco se establecerá la modalidad de control de las Cortes Generales sobre estas normas legislativas de las Comunidades Autónomas”. Aquí se trata de ley ordinaria, con la finalidad de atribuir facultades legislativas limitadas y sometidas a control estatal, ella también, sin duda, objeto de control de constitucionalidad, pero, tanto como las leyes referidas en el apartado 3 –las llamadas leyes de armonización– no interesan a este apartado en que examinamos sólo las leyes orgánicas.

derogación<sup>249</sup>, y subordinada directamente a la Constitución, los Estatutos son objeto de control de constitucionalidad previsto en el artículo 27.2 a) y específicamente por la vía del recurso de inconstitucionalidad, en los términos del artículo 32, ambos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, juntamente con las demás leyes orgánicas.

Aunque sea controlable directamente como cualquier otra ley, los Estatutos ocupan una posición destacada en el ordenamiento jurídico español, al punto de la doctrina considerarlo como norma “casi constitucional”, dadas sus múltiples virtudes, por encabezar y presidir la organización política de la Comunidad como su elemento fundante; por su estructura, con una parte orgánica y otra dogmática, aunque en él no haya derechos fundamentales, pero determinaciones de este tipo que concretan o especifican ciertos derechos constitucionales, especialmente en caso de los derechos políticos y de configuración legal, etc.; porque, en cuanto al integrante del parámetro constitucional, opera como canon de constitucionalidad para el propio Estado; y, por fin, sería norma “casi constitucional” también en función de la intervención obligatoria de la Comunidad en su proceso de formación, denotando una cierta “potestad casi constitucional”<sup>250</sup>.

### **c) El Decreto Legislativo y la concurrencia de controles jurisdiccionales**

Los decretos legislativos son productos normativos gubernamentales fruto de una delegación legislativa, prevista en el artículo 82 CE y que se inscriben expresamente en el artículo 27.2 letra b) LOTC como objeto de control de constitucionalidad. Es una disposición gubernamental con rango de ley, dictada en virtud de delegación de las Cortes Generales y sujeta a límites más estrictos que los que condicionan la potestad legislativa de las Cámaras, sin duda en función de su carácter sustitutivo de la potestad de las Cortes.

Son dos los supuestos posibles de decretos legislativos: los que tengan por objeto la formación de textos articulados, supuesto que exige una ley de bases, y los que visen a refundir varios textos en uno sólo, cuando entonces basta una ley ordinaria de delegación por las Cortes Generales. La delegación habrá de ser expresa para materia concreta y determinada, con fijación de plazo, vedada subdelegación (art. 82.1., 2., 3., CE).

En cuanto al tema del control jurisdiccional del decreto legislativo surge la importante cuestión de la posibilidad de concurrencia entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria. Su condición de ser fruto de otra ley que contenga la delegación a lo Gobierno, genera posibilidad de que la legislación producida vaya más allá de los límites y condicionamientos de la delegación incurriendo en exceso, o el que se llama *ultra vires*, supuesto en que, conforme sostiene García de Enterría, los preceptos que hayan incurrido en exceso no tienen naturaleza de ley, ya que entonces el contenido de la norma delegada no está cubierto por la ley de delegación y el decreto no puede darse a sí mismo un rango que no le corresponde, con la importante consecuencia de que los tribunales ordinarios han de enjuiciar los decretos legislativos para ver si se ajustan o no a la ley de delegación y, en aquello que no se ajusten, procederán por sí mismos a su inaplicación<sup>251</sup>.

<sup>249</sup> “Aunque formalmente (artículo 81.1CE) son leyes orgánicas, en algunos casos (Andalucía, Cataluña, Galicia y País Vasco) su aprobación y en todos su modificación o derogación escapa a la sola voluntad del órgano legislativo (Cortes Generales) y requiere también, cuando menos, la voluntad positiva del correspondiente Parlamento regional y, en los cuatro casos anteriormente citados, también la del electorado a través del referéndum. (RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder*, CEC, Madrid, 1997, pp. 253-254).

<sup>250</sup> SOLOZABAL ECHAVARRÍA, J.J., *Estado compuesto, Temas básicos de derecho constitucional, tomo I, Constitución, estado constitucional y fuentes de desarrollo*, Manuel ARAGÓN REYES (Coord.), Civitas, Madrid, 2001, pp. 178-179.

<sup>251</sup> DE OTTO, Ignacio, ob. cit. p. 190.

Los Jueces y Tribunales, según esa tesis, no estarían obligados a plantear la cuestión de inconstitucionalidad en estos casos pues los decretos legislativos quedarían degradados respecto a la ley y de las normas con rango de ley. A consecuencia de tal entendimiento no habría monopolio de la jurisdicción constitucional en relación a esa especie normativa. El doble enjuiciamiento que deriva de la doctrina del *ultra vires* parece reforzada si se analiza el artículo 161 a) CE en correlación con el artículo 27.2 b) de la LOTC, según el cual, tras decir que son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad las disposiciones normativas con fuerza de ley, afirma que “en el caso de los decretos legislativos la competencia del Tribunal se extiende sin perjuicio de lo previsto en el número 6 del artículo 82 de la Constitución”, dispositivo que, a su vez, se refiere a la “competencia propia de los Tribunales” en el plural, lo que por cierto alude a ambas jurisdicciones como competentes para dicho control.

El Tribunal Constitucional, al parecer, no arroja muchas luces en el camino para solventar la duda sobre si se trata de un problema de mera ilegalidad o de constitucionalidad. En un primer momento ha calificado de vulneración a la Constitución el exceso en el ejercicio de la potestad delegada y admitido su competencia para enjuiciar con tal criterio los excesos legislativos en aplicación del artículo 163 y 27.2 b) de la LOTC (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, y 51/1982, de 19 de julio); posteriormente admitió también la capacidad de la jurisdicción ordinaria para controlar los excesos en la delegación legislativa, por el mecanismo de desaplicación de la norma en cuestión (STC 47/1984, de 4 de abril, ATC 69/1983, de 17 de enero)<sup>252</sup> y, por fin, con alcance aparentemente opuesto, los AATC 259/1995 y 260/1995, de 26 de septiembre, y 351/1995, de 19 de diciembre)<sup>253</sup>.

La solución jurídica propuesta en la interpretación hecha por Ignacio de Otto nos parece conciliadora y bastante razonable, además de conforme con la perspectiva de control que intentamos subrayar en este estudio. Según el autor, el núcleo de la tesis referida y por él combatida es la de que el Gobierno, al dictar un decreto legislativo en *ultra vires*, en realidad esta haciendo uso de la potestad reglamentaria, doctrina que se formula en el régimen anterior, cuando aún no existía el Tribunal Constitucional. Sostiene el autor que, “con la Constitución de 1978 no sólo se rompe el fundamento dogmático de la doctrina, sino que toda la construcción pierde su razón de ser y su sentido práctico. Su razón de ser desaparece porque ya hay un Tribunal Constitucional que enjuicia las normas con rango de ley como ningún tribunal podía hacerlo antes, facultad que complementa la prescripción de que los jueces y magistrados están sujetos al imperio de la ley. Y queda sin función práctica porque, en primer lugar, introduce una dualidad de mecanismos de control que no puede conducir más que a la inseguridad jurídica, por ejemplo a que un juez proceda por sí mismo a inaplicar el decreto legislativo que estima *ultra vires* mientras que otro, por el contrario, plantee la cuestión de inconstitucionalidad, con el posible resultado de que el Tribunal Constitucional declare que el decreto no incurrió en exceso. Y también porque el resultado inmediato al que conduce la doctrina del *ultra vires*, la inaplicación, es exactamente el que produce el planteamiento de la cuestión de la constitucionalidad, con la ventaja de que ésta lleva inmediatamente a una declaración que tiene plenos efectos frente a todos (art. 164) y, por ello, elimina la inseguridad que inevitablemente resulta de la aplicación de la doctrina del *ultra vires*”<sup>254</sup>.

<sup>252</sup> GARCÍA MARTÍNEZ, M. Asunción, *El recurso de inconstitucionalidad*, Trivium, Madrid, 1992, p. 99.

<sup>253</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J., *Decretos Legislativos, en Temas básicos de derecho constitucional, tomo I, Constitución, estado constitucional y fuentes del desarrollo*, Civitas, Madrid, 2002, p. 340.

<sup>254</sup> DE OTTO, Ignacio, ob. cit. p. 193.

En el supuesto de un decreto legislativo aparentemente viciado de exceso, tanto como ocurre con las leyes de las que se duda de su constitucionalidad, prosigue De Otto, no es lícito a los Jueces y Tribunales desaplicarlo, pero sí plantear la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, “so pena de romper la unidad y eficacia del sistema de la jurisdicción constitucional”.

Si es caso de exceso de la ley de delegación, el vicio es de inconstitucionalidad por vulneración directa al art. 82 CE; si se trata de una extralimitación material del decreto legislativo el vicio es igualmente de inconstitucionalidad, puesto que, la potestad gubernamental en generar este producto normativo no es la reglamentaria (art. 97 CE), sino a la potestad legislativa, originariamente perteneciente al poder legislativo pero delegada en el Gobierno y, luego, afecta materialmente al precepto constitucional referido que condiciona la validez de la norma delegada.

#### **d) El problemático control del Decreto-Ley**

El decreto-ley viene regulado en el artículo 86.1 CE, que establece: “En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de decretos-Ley y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al Derecho electoral general”<sup>255</sup>. Teniendo naturaleza de disposiciones legislativas, parece seguro tratarse de norma con rango de ley tal como enuncia el artículo 161.1 a) segunda parte de la Constitución – y a nuestro juicio también fuerza de ley, activa y pasiva-, se sitúa como objeto del recurso de inconstitucionalidad.

La naturaleza compleja del decreto-ley, como una norma legal nacida de la potestad legislativa del Gobierno con vigencia inmediata en situaciones de urgencia y necesidad, pero sometida a confirmación de validez por el Congreso de Diputados en el plazo de treinta días y, por tanto, sujeta a un control político capaz de retirarle la vigencia de que es portadora, tras producir efectos jurídicos, aparte de la problemática precisión acerca de la reserva constitucional a que está sometida y la posibilidad de un trámite específico y de urgencia ante las Cortes, con la consecuente posibilidad de modificación del contenido del proyecto, hacen problemático su control de constitucionalidad, especialmente en caso de su “conversión”<sup>256</sup> en ley.

Los principales problemas, inicialmente, pueden ser distinguidos, a efectos didácticos, en dos grupos: conforme la demanda sea anterior o posterior al control político, ya que el plazo de tres meses para el recurso de inconstitucionalidad contra el decreto-ley es único, contado a partir de su publicación (art. 33 LOTC), permitiendo el ejercicio de la acción inmediatamente. En relación al primero, habiendo sido interpuesto el recurso y

<sup>255</sup> El apartado 2 del mismo artículo señala: “Los Decretos-Leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario”. Para finalizar, en apartado 3: “Durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia”.

<sup>256</sup> Los términos conversión y transformación en ley serán aquí mencionados entre comillas porque, en rigor, como tratamos en el texto, no hay propiamente una conversión o transformación, sino un trámite del decreto-ley como proyecto de ley que el apartado 3 del Art. 86 confiere alternativamente a las Cortes, en el caso de que deseen proceder a modificaciones en su texto. A pesar de eso, la noción de proceso de formación de ley que sostenemos, autoriza decir que un decreto-ley ha sido transformado (como materia prima) en ley.

siendo el decreto-ley después rechazado por el Congreso de los Diputados, se plantea la cuestión de la eventual pérdida de objeto del recurso; en el segundo, se pone la cuestión de si, en el mismo caso, aún sería posible interponer el recurso contra norma ya inexistente.

Una segunda línea de problemas, quizá los más importantes, son los que suelen plantear el caso del decreto-ley ‘convertido en ley’ por la vía procedimental del artículo 86.3 CE, es decir, la tramitación del decreto-ley en proyecto de ley por un procedimiento de urgencia y posterior aprobación por las Cortes Generales, pues, en tal supuesto, se entiende que la ley producida, considerada autónomamente, ya no está sometida a los mismos presupuestos formales y tampoco a las limitaciones constitucionales de aquella norma.

Las respuestas a estos interrogantes, nos parece, deben partir de una precomprensión exacta de este tipo complejo de formación de normas, muy distinto de lo normal y, particularmente, exige afrontarlos desde una perspectiva realista del control de constitucionalidad, cuyas especificidades, como suele ocurrir en otros diversos aspectos del derecho procesal constitucional, imponen cambios importantes en la visión dogmática procesal tradicional.

Empezando por las primeras indagaciones, si es cierto que, de acuerdo con los postulados procesales una norma derogada implica la pérdida de objeto en una demanda de anulación pura y simple de la norma del ordenamiento jurídico, en el caso de un decreto-ley no convalidado nos parece que la consecuencia no puede ser la misma, y esto porque el control político de rechazo a la legislación de urgencia, que opera sobre los presupuestos y contenidos del decreto-ley responde a razones fundamentalmente políticas con el solo efecto de eliminarlo o desconformarlo de la orden jurídica<sup>257</sup>; es decir, la no convalidación opera como una condición resolutoria por tratarse de un acto jurídico complejo que exige pronunciamiento positivo de los dos órganos a los que la Constitución atribuye una potestad legislativa específica<sup>258</sup>.

El acto de rechazo del decreto-ley, como control estrictamente político se da con eficacia *ex nunc*; el decreto-ley en cuanto especie normativa pierde vigencia pero no necesariamente eficacia, pues, mientras tuvo vigencia pudo producir efectos jurídicos<sup>259</sup> inconstitucionales, no sólo respecto a las relaciones jurídicas entre particulares entabladas bajo él, sino en relación al propio poder público.

---

<sup>257</sup> Las expresiones “derogación”, significando sólo un rechazo del decreto-ley, no parece técnica, ya que tal efecto es propio a la potestad legislativa de las Cortes y no del Congreso de Diputados, que ordinariamente no la posee, según el artículo 66.2 CE. Bien de ver, con todo, que para el supuesto específico el Congreso co-legisla, pudiendo convalidar el decreto-ley o rechazarlo, con lo que no habría que negar una especie de “derogación” de una norma ya vigente, aunque esta decisión sea de simple no convalidación.

<sup>258</sup> La Constitución atribuye una potestad especial al Gobierno y al Congreso en la formación del Decreto-Ley, a pesar de que la manifestación del Congreso esté limitada a la aprobación o rechazo puro y simple, sin posibilidad de modificación en el contenido del decreto-ley, potestad ésta exclusiva de las Cortes a través del procedimiento del Art. 86.3 CE. En este sentido, Ignacio de Otto es categórico: “La potestad para la legislación de urgencia se confiere en nuestra Constitución al Gobierno y al Congreso conjuntamente, reconociendo al primero una facultad de impulso y determinación del contenido de la norma, con efecto inmediato pero temporalmente condicionado – en la práctica por un período fugacísimo- y al segundo una facultad de plena consagración de la norma o de derogación de la misma. (ob. cit. p. 205).

<sup>259</sup> Desde su entrada en vigor produce los mismos efectos que la ley; tiene fuerza de ley en todos los sentidos de este término; produce la derogación expresa o tácita de las leyes o disposiciones con fuerza de ley que lo contradigan y produce también por sí mismo y de inmediato la vinculación que deriva de las leyes, creando o modificando situaciones y relaciones jurídicas. (DE OTTO, Ignacio, ob. cit. p. 202). En la convalidación del decreto-ley por el Congreso de Diputados no hay una conversión en ley; el decreto-ley es convalidado como tal y sigue siendo decreto-ley, norma con rango de ley, no ley de las Cortes.



Esta situación revela por un lado, que no siempre es imprescindible que la norma infractora esté vigente y, por otro lado, que el acento del control debe radicar en la situación de inconstitucionalidad producida por el legislador, en los daños a los preceptos constitucionales infringidos, peculiaridad que, como en otras cuestiones semejantes, ha llevado los Tribunales Constitucionales a desarrollar técnicas especiales en el momento de dictar sus fallos, revelando cada vez más preocupaciones con la efectividad del control y las consecuencias político-sociales de sus resoluciones. En otras palabras, el control posee un carácter reparador.

En conclusión, por las razones señaladas y siguiendo la recomendación anti-formalista característica de los procesos de control de constitucionalidad, la respuesta a las dos cuestiones preliminares han de ser la de que no hay pérdida de objeto en el primer caso y de que, por coherencia, no debe haber obstáculo a la interposición de la demanda en el segundo, cuya pretensión, en esta hipótesis, puede comprender, incluso, otros aspectos materiales más allá de aquellos referidos en el artículo 86.1 CE, una vez que los contenidos del decreto-ley pueden vulnerar otros preceptos constitucionales.

Más complejas son las cuestiones de la segunda línea, particularmente en lo que se refiere a la posibilidad de que la ley, que tuvo origen en el decreto-ley, sane retroactivamente los eventuales vicios formales de aquél y hasta qué punto la ley debería o no ser tratada, a efectos de control, como una norma enteramente autónoma.

En lo supuesto de tramitación mediante proyecto de ley en procedimiento sumario (art. 86.3 CE), con la entrada en vigor de la ley, el decreto-ley como producto normativo autónomo desaparece, pierde vigencia, pues se produce una derogación que en ocasiones se formula en una disposición expresa, habiendo, por tanto, una sustitución global; el contenido del decreto-ley no recogido en la ley es implícitamente rechazado por el legislador, y el que haya integrado en la ley pervive como parte integrante de ésta.

No obstante, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 111/1983, en cuyo caso un decreto-ley fuera “transformado” en ley en los términos del artículo 86.3 CE, ha entendido que el interés constitucional de “ajustar el uso del instrumento del decreto-ley al marco del artículo 86.1 no puede considerarse satisfecho por haberse utilizado el procedimiento del artículo 86.3”. Dice el Tribunal, por tanto, fundamentalmente, que la utilización de la vía del artículo 86.3 CE y la conversión del decreto-ley en proyecto de ley y posterior ley, no satisface el interés constitucional que es, como sabido, el de controlar sustancialmente la actuación del legislador.

La conclusión lógica de esa premisa, de la que se desprende censura a la forma de tramitación, habría de ser, por tanto, la aceptación de la posibilidad de que la ley en que el decreto-ley tomado como proyecto de ley culminara pudiese seguir siendo controlada, aunque, considerada en sí misma, ella no esté sujeta a los límites formales y materiales impuestos por el artículo 86.1 CE. Sin embargo, otra fue la conclusión del Tribunal.

De acuerdo con esta decisión controvertida, entendió el Tribunal Constitucional que los preceptos del decreto-ley acogidos en una ley, cuya constitucionalidad no se ponía en tela de juicio, y “en la medida que ‘el procedimiento legislativo que tiene su origen en el decreto-ley se culmina con una ley que sustituye – con los efectos retroactivos a su objeto –al decreto-ley’, este enjuiciamiento no puede ser total ya que aquella eficacia retroactiva de la ley ha sanado la posible extralimitación material que hubiese concurrido en el decreto-ley”<sup>260</sup>. En definitiva, el enjuiciamiento se detuvo

---

<sup>260</sup> GARCÍA MARTÍNEZ, M. Asunción, *El recurso de inconstitucionalidad*, Trivium, Madrid, 1992, p. 106.

restringido a algunos aspectos y el recurso fue desestimado en la cuestión de fondo sobre la expropiación.

Ignacio de Otto, que es favorable a la tesis de que la ley en éste caso tiene retroactividad sobre el decreto-ley que la precede, sostiene que “la única razón posible de ser del art. 86.3 es la introducción de un procedimiento específico en el que el nexo entre el decreto-ley y la ley es distinto del que se produciría en el normal ejercicio de la potestad legislativa, esto es, transcurrido los treinta días...hay un decreto-ley que obra al mismo tiempo como proyecto de ley... ...La aprobación de la ley supone de este modo una declaración de que las Cortes hacen suya la voluntad normativa que manifestó el Gobierno, y no sólo *pro futuro*, sino desde el momento en que esa voluntad se plasmó en un decreto-ley”<sup>261</sup>.

A nuestro juicio, en una perspectiva de control eficaz de constitucionalidad, como vimos sosteniendo en este trabajo, se impone visualizar el decreto-ley en toda la extensión del proceso de formación de la ley en que se haya transformado, aunque deba ser destacado como categoría jurídica autónoma para otros fines. Es que, bien vistas las cosas, tal como resaltó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 111/1983, “el velar por el recto ejercicio de la potestad de emitir decretos-leyes dentro del marco constitucional, es algo que no puede eludirse”.

Como categoría jurídica la ley no se confunde con los decretos-leyes, al que añadimos el deber de distinguirse la vigencia del decreto-ley, que puede desaparecer como tal, de su validez –que aún así puede seguir produciendo efectos contraídos bajo su vigencia -. Además, en el caso de “conversión” del decreto-ley, la ley que a partir de él se forma en realidad no elimina el hecho de su existencia real, es decir, el decreto-ley, como categoría autónoma ha existido hasta la aprobación del proyecto de ley parlamentaria; la ley entra en vigor posteriormente en la fecha de su publicación. El decreto-ley existió y, en cuanto a tal generó efectos que le son propios, sin embargo funciona como condición *sine qua non* o insumo de la ley, siendo ésta el resultado o producto de aquél en un proceso secuencial.

El hecho de que el decreto-ley sea categoría jurídico-formal distinta de la ley y se haya esfumado por el surgimiento de ésta, es la característica principal de este proceso complejo de producción normativa –en una imagen, se trataría de una “ley de dos polos necesarios”-, precisamente lo que justifica la comunicación de los efectos de la primera a la segunda fase del proceso; el decreto-ley es la pieza inicial, que lo pone en marcha y puede condicionar la calidad (validez) del producto final<sup>262</sup>. La consecuencia de esa visión

---

<sup>261</sup> Ob. cit. p. 208. A nosotros parece que no hay más que tres opciones admitidas por la Constitución: o bien el Congreso de los Diputados “convalida” el Decreto-ley o lo rechaza en su totalidad, como expresamente lo dice el Art. 86.2 CE, o bien, deseando proceder a modificaciones legislativas en su texto, lo convierte en proyecto de ley tramitándolo por las Cortes en procedimiento de urgencia. El plazo de treinta días, tal como enunciado en el Art. 86.2 es imperativo, un mandato consubstancial a la naturaleza urgente y necesaria de la norma dictada, carácter que se extiende al apartado 3, por el cual ambas Cámaras han de velar, so pena de ratificación parlamentaria tácita, sin perjuicio de que se pueda tramitar nuevo proyecto de ley para modificar o revocar el texto aprobado. Lo que no parece respetar el interés constitucional de fiscalización política es “convalidar” el decreto-ley y convertirlo después en proyecto de ley, como parece haber regulado el Congreso de los Diputados en el Art. 151 del Reglamento Parlamentario. La STC 29/82, de 31 de mayo, conforme JIMÉNEZ CAMPO, ha considerado posible interpretación semejante hecha por la doctrina. (ob. cit. p. 336).

<sup>262</sup> Una analogía con el misterio de la vida no esta mal: el decreto-ley funciona como un embrión, que tiene vida propia, produciendo efectos desde luego, pero que durante el proceso de gestación sufre controles políticos indispensables que deben operar en los primeros días de vida para corregir, si fuese necesario, las

integral es que los vicios constantes del producto de la fase inicial, es decir, los que inciden sobre los presupuestos de la necesidad urgente y extraordinaria y la reserva material negativa – sus elementos estructurales- a que se somete este tipo de “ley”, como fuente de derecho y obligaciones, han de proyectarse necesariamente en el producto final.

Que el trámite por las Cortes debe ocurrir “durante” el plazo de treinta días siguientes a la publicación del decreto-ley, y no que el Congreso de los Diputados pueda convalidar el decreto y encaminar el proyecto a las Cortes dentro del plazo de treinta días, deriva de la literalidad del artículo 86.3 y es, además, consustancial a la excepcionalidad y urgencia de este tipo de disposición legislativa<sup>263</sup>. La práctica del Congreso de convalidar el decreto-ley y someterlo a las Cortes como proyecto de ley, infringe, a nuestro ver, doblemente la Constitución; primero porque, una vez convalidado el decreto-ley se estabiliza en el ordenamiento jurídico como categoría autónoma y, consecuentemente, cesa la competencia del Congreso de los Diputados en la materia, por lo que ya no puede practicar acto alguno, especialmente “convertir” en proyecto un decreto-ley que ha satisfecho la única condición de validez a que está sometido al adquirir la aprobación del órgano constitucionalmente competente; segundo porque se desplaza a las Cortes el examen de una proposición de ley inexistente conforme el régimen constitucional; la ley que derive de él, por ende, padecerá de inequívoca inconstitucionalidad formal.

Lo que no es aceptable, en ningún caso, es que la ley aprobada por las Cortes a partir de un decreto-ley pueda cubrir con el manto de legitimidad constitucional sanando retroactivamente vicios originarios –lo que en su actividad legislativa ordinaria es posible sólo en el caso de retroacción *in bonam parte* o de simple regularización<sup>264</sup> –, pues esto implicaría admitir que las Cortes Generales puedan convertirse en jueces de la legitimidad de su propia conducta, superponiendo el control político al control de constitucionalidad.

En fin, nos parece claro que el espíritu de la Carta Magna ha sido el de someter el decreto-ley a un control político efectivo e inmediato compuesto de dos grados o niveles; el primero por el Congreso de los Diputados, que ejerce un control simple, de aprobación o rechazo, y, siendo necesario, el segundo control por las Cortes en caso de enmiendas aditivas, restrictivas o extintivas. Y todo en el plazo de treinta días por el procedimiento de urgencia exigido en el artículo 86.3, CE, dado que es la naturaleza de este tipo normativo que impone una responsabilidad política extraordinaria a los órganos políticos, sobre los cuales pesa la carga de regular adecuadamente y cumplir el procedimiento especial y sumario impuesto por el apartado 2 del artículo referido, de manera que puedan dar cuenta del deber de llegar a un acuerdo político en el plazo constitucional.

El campo de fiscalización del Tribunal sobre la potestad legislativa gubernamental incide sobre el presupuesto de la extraordinaria urgencia y necesidad y los límites materiales negativos del decreto-ley, como dimana del art. 86.1 CE. También en el Tribunal Constitucional español se percibe una postura tímida o reticente en el momento

---

deformaciones existentes, las cuales condicionarán la salud del niño de una manera o de otra y, dependiendo del grado de la deformación podrá o no llegar a ver la luz o a desarrollarse validamente.

<sup>263</sup> La llamada de las Cortes para el control del decreto-ley es la consecuencia obligada de la distinción de las competencias del Congreso de los Diputados –que tiene la potestad de validación o rechazo del decreto-ley, pero en cambio necesita del concurso de las Cortes para corrección o modificaciones del texto- de las Cortes que poseen competencias legislativas amplias y, así, integra el proceso reforzando el control exigido.

<sup>264</sup> El Art. 9.3, CE garantiza el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (fundamentales). Fuera de tales hipótesis constitucionales no hay limitaciones al legislador, que podrá adoptar retroacción en grados diversos, ya que la prohibición absoluta de retroactividad conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento jurídico (SSTC 8/1982 y 42/1986).

de concretizar los parámetros de la necesidad y urgencia<sup>265</sup>, que es apenas uno de los diversos conceptos vagos, abiertos o indeterminados constantes de los textos constitucionales en relación a los que, no obstante, los Tribunales normalmente no renuncian a concretarlos de alguna manera en otros supuestos. El control jurisdiccional debe, pues, ceñirse a evitar “un uso abusivo o arbitrario” del decreto-ley STC 29/1982, de 31 de mayo, vid también, STC 182/1997, de 28 de octubre”. Y añade: Lo que sí parece exigencia constitucional implícita es que el Gobierno manifieste en la exposición de motivos del decreto-ley cuáles fueron las circunstancias que llevaron a su adopción”<sup>266</sup>.

Esto es porque, “transformado” el decreto-ley en Ley, salvo en raras situaciones en las que sea evidente la lesión a los contenidos materiales proscritos por la Constitución, la ley suele ser considerada como categoría jurídica ontológica distinta a regir la materia y es examinada a partir de sus contornos y contenidos propios. Como, de acuerdo con una visión estrictamente formalista, el procedimiento inicial del Decreto-Ley habrá sido convalidado políticamente, la tendencia en estos casos es olvidar los vicios del Decreto-ley. De ese modo, se escinde lo que es un único proceso de formación de la ley en dos; y, en cuanto a la cuestión de fondo la suerte del recurso queda dependiente de la mayor o menor precisión interpretativa que se haga de las expresiones “afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas” y al “Derecho electoral general” (art. 86.1 CE)<sup>267</sup>, expresiones que, a decir verdad, no son de simple determinación, permitiendo variadas interpretaciones.

#### e) Los Tratados Internacionales

El tratado puede ser considerado como un negocio jurídico con características propias debido a la categoría de los sujetos que en él intervienen y a otras peculiaridades, entre las que cabe poner de relieve a las reservas. Se trata de una declaración de voluntad bilateral o multilateral emanada de sujetos en derecho internacional que, independiente de la denominación diversa que reciba, sea la de tratado, convención, carta, acuerdo, pacto, estatuto, es definido como tratado internacional por la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados de 1969<sup>268</sup>, cuya celebración, conforme esta misma convención, se compone de una serie de fases: negociación, adopción del texto y ratificación.

---

<sup>265</sup> Se habla “también” porque en Brasil, que tiene la figura de las “Medidas Provisorias” (Art. 62 CRF) el STF ha tenido la misma postura en considerar que el “carácter político” del requisito debe quedar a cuenta de los poderes ejecutivo y legislativo, que el judicial no aprecia (RE 62.739-SP y ADIN 1.397-medida cautelar-RDA 210/294).

<sup>266</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J., *Decreto-Ley*, in *temas básicos de derecho constitucional tomo I, constitución, estado constitucional y fuentes de desarrollo*, Civitas, 2001, p. 333.

<sup>267</sup> Éste parece haber sido el entendimiento en la STC 111/1983, en el controvertido caso Rumasa –decidido mediante voto de minerva del Presidente–, en que se tendría firmado la premisa de que Decreto-Ley y Ley son cosas distintas y que la ley, sustituyendo el Decreto-Ley, habría sanado su posible extralimitación material por los efectos retroactivos que se reconoce a la ley 7/1983, con lo que entendió intrascendente entrar en el examen de su contenido. Y en lo que se refiere al Art. 86.1 CE le ha atribuido una interpretación restrictiva al considerar que el límite material del Art. 86.1 CE supone “la imposibilidad de regular por decreto-ley el régimen general de la materia en cuestión (los derechos, deberes y libertades del título I, en el recurso concreto) además de la salvaguardia del contenido esencial del derecho de que se trate” (Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ, M. Asunción, *El recurso de inconstitucionalidad*, Trivium, Madrid, 1992, p. 107).

<sup>268</sup> “La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados conceptúa el tratado como el ‘acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, constante de un instrumento único o de dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular (Art. 2º, n. I, alinea “a”)” (SUSSEKIND, Arnaldo, *Direito internacional do trabalho*, LTR, São Paulo, 1983,

La Constitución española, conviene precisar, prevé tres clases de tratados: los que necesitan de una autorización de las Cortes mediante ley orgánica, que son los contemplados en el artículo 93; los que exigen la previa autorización de las Cortes, que son los regulados por el artículo 94 y, finalmente, los tratados en los cuales las Cortes Generales únicamente son informadas de la celebración, conforme dispone el artículo 94.2 de la Carta Magna.

La función de ratificación del tratado, es decir, la manifestación formal del consentimiento, que se concreta en la última fase, es reservada al Rey<sup>269</sup> y ejercida de hecho por el Gobierno, que es quien dirige la política exterior. Cualquiera que sea la clase del tratado, una vez que hayan sido válidamente celebrados y publicados oficialmente en España formarán parte de su ordenamiento interno, conforme prescribe el artículo 96.1 de la Constitución, disposición que, según ha entendido la jurisprudencia, proclama el principio de la recepción automática según la doctrina monista<sup>270</sup>.

Ahora bien, los Tratados Internacionales figuran expresamente como objeto de control de constitucionalidad en el artículo 95 de la Constitución española, en los siguientes términos: “1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la constitución exigirá la previa revisión constitucional”. Y el apartado siguiente: “2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción”.

Se trata, en rigor, de un control previo, que incide no propiamente sobre normas sino sobre el texto del instrumento de derecho internacional ya acordado y concluido por las partes pero que, todavía, no llegara a entrar en vigor. El procedimiento especial, regulado en el artículo 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no deja dudas en cuanto al carácter previo del control y sobre la necesidad lógica de ya haberse firmado el compromiso internacional por las partes al referirse a un texto “definitivamente fijado, pero al que no se le ha prestado aún el consentimiento del Estado”<sup>271</sup>.

Aplicable a todo tipo de tratados, el control determinado por el artículo 95 de la Constitución, de acuerdo con el entendimiento del Tribunal Constitucional, tiene una doble función: por un lado preservar la Constitución; por otro, dar estabilidad y seguridad a los compromisos internacionales contraídos por nuestro país<sup>272</sup>. Los efectos en caso de declaración de inconstitucionalidad no sólo impiden la celebración del tratado sino que, para que pueda venir a ser celebrado, impone la previa revisión constitucional que se puede procesar por la vía ordinaria del artículo 167, o por la vía agravada del artículo 168 de la Constitución, en el supuesto de que el tratado implique una revisión total de la

---

p. 38, *apud* PIOVESAN, Flávia, *Directos Humanos e o direito constitucional internacional*, Max Limonad, São Paulo, 1997, p. 75).

<sup>269</sup> Art. 63.2 CE: “Al Rey corresponde manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidad con la Constitución y las leyes”. ÁLVAREZ CONDE considera que de hecho la función es ejercida por el Gobierno, que es quién dirige la política exterior. (ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 2003, p.188).

<sup>270</sup> Sentencia del TS, Sala 1ª, de 22 de mayo de 1989 y STC de 23 de noviembre de 1981 y 20 de febrero de 1986, cfr. ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *ob. cit.* p. 189).

<sup>271</sup> Conforme el Art. 11 de la Convención de Viena, “el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado puede expresarse mediante la firma, cambio de instrumentos constituyentes del tratado, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, o a través de cualquier otro medio acordado”. El Art. 12, de su vez, fija las hipótesis en que la ratificación es necesaria en adición a la firma en el sentido de establecer la aceptación del Estado en el que concierne a la obligatoriedad del tratado. El ato de la firma del tratado es parte del proceso de negociación de la adopción y autenticación del tratado y, por si solo, no genera obligaciones. (Cfr. PIOVESAN, Flávia, *ob. cit.* p. 77).

<sup>272</sup> Declaración del Tribunal Constitucional 1/92, de 1 de julio de 1992.

Constitución o afecte al su Título preliminar, al Capítulo 2, Sección 1ª del Título I o al Título II; en este último supuesto se exige la aprobación por dos tercios de cada Cámara y a la disolución inmediata de las Cortes, la ratificación de la reforma por las Cámaras elegidas por quórum de dos tercios de ambas Cámaras y, a continuación, el sometimiento a referéndum del texto aprobado para ratificación.

En suma, el muy sencillo procedimiento del control, a ser instado exclusivamente a instancia del Gobierno o de ambas Cámaras, permite al Tribunal Constitucional enjuiciar la plena conformidad de los tratados con la totalidad de la Constitución, en el breve plazo ordinario de sesenta días, prorrogables por otros treinta, cuya declaración posee efecto vinculante para el Estado español derivado de la propia exigencia de revisión constitucional contenida en el apartado 1 del artículo 95 de la Constitución, como reitera el artículo 78.2 de la LOTC.

El control *a posteriori* de un tratado previamente enjuiciado por el Tribunal Constitucional no queda impedido, pues el efecto vinculante a que la Constitución se refiere, en rigor, está restringido a la naturaleza cautelar del procedimiento autónomo de consulta y a su objeto específico de evitar la celebración del negocio jurídico internacional lesivo a la Constitución, pero que no tiene virtualidad para impedir su impugnación por los cauces procesales tras la entrada en vigor de la norma pactada, en un típico proceso de control.

Para finalizar, se debe subrayar que una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad de un tratado implicaría para el Estado español las responsabilidades internacionales conforme en él establecido, lo que podría darse de dos modos: “directamente, respecto de las otras partes del tratado, e indirectamente, respecto de los ciudadanos de esos países que hubieran ultimado negocios jurídicos con los nacionales con la cobertura del tratado en cuestión; de otra, los poderes públicos deben de proceder a la renegociación, denuncia o suspensión del tratado por los procedimientos establecidos en éste o en las normas de Derecho Internacional”<sup>273</sup>.

#### **f) Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales**

La autonomía parlamentaria, que las Constituciones modernas reconocen a los Parlamentos para el cumplimiento de sus funciones institucionales, es una prerrogativa conquistada históricamente y hoy considerada esencial para los Estados democráticos de Derecho<sup>274</sup>. Su ámbito constituye una reserva relacionada con un conjunto de prescripciones constitucionales destinadas a impedir la injerencia de otros órganos y poderes estatales en espacios de actuación necesarios al desarrollo y ejecución de los cometidos que le están asignados por la propia Norma Fundamental y que, en el

---

<sup>273</sup> TORRES DE MORAL, Antonio, *Principios de derecho constitucional* español, 4º ed., Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1998, p. 151.

<sup>274</sup> “Históricamente se estimó que la independencia del Parlamento frente a las prerrogativas de la Corona no quedaba garantizada si aquél no podía definir y regular sus propias prerrogativas y las de sus miembros, así como su funcionamiento interno. El principio de autonormatividad parlamentaria fue asumido por el Estado liberal como uno de sus elementos esenciales y elevado a rango constitucional”. (TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de derecho constitucional español*, 4º ed., Servicio publicaciones facultad de derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1998, p. 208). Conforme CAAMAÑO, “el reconocimiento de ese ámbito de poder jurídico resistente a la injerencia de otros poderes del Estado y, en principio, no susceptible de fiscalización jurídica externa, es consecuencia directa de la contienda histórica por limitar, controlar y, finalmente trasladar formalmente la titularidad de la soberanía que, en origen, era atributo exclusivo del monarca” (*Autonomía*, en *Temas básicos de derecho constitucional tomo II, Organización del Estado*, Manuel ARAGÓN REYES (Coord.), Civitas, 2001, p. 82).

ordenamiento español, son, fundamentalmente: la representación del pueblo, el ejercicio de la potestad legislativa, la aprobación de los Presupuestos y el control de la acción del Gobierno (art. 66 CE).

Los reglamentos parlamentarios, como expresión de esa autonomía, son el instrumento básico que rige, desde el punto de vista jurídico, la actividad parlamentaria, incluso en relación al estatuto de su personal. En palabras de Garrorena Morales, “la Constitución le reserva el régimen íntegro de la vida parlamentaria, incluida la determinación de sus procedimientos y estructuras, viniendo a constituir así en un auténtico cuerpo o código de derecho propio”<sup>275</sup>.

La prerrogativa reglamentaria es atribuida a cada una de las Cámaras por el artículo 72 CE y, en cuanto al procedimiento de elaboración y reforma de reglamentos, se exige el quórum de mayoría absoluta en una votación final sobre su totalidad – fórmula de protección de las minorías-, cuyas notas características son las de no someterse a la sanción del Jefe de Estado y tampoco publicación en el “Diario Oficial del Estado” como condición de eficacia jurídica, bastando por tanto, la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales”, conforme la disposición final del Reglamento del Congreso<sup>276</sup>.

Su naturaleza jurídica, conforme la teoría más aceptada actualmente es la de que en él coexisten, junto con las normas internas –*interna corporis*- “normas externas” que, al proyectar su eficacia fuera de las Cámaras (sobre otros poderes, sobre los particulares...), obligan a considerarlo como fuente integrada en el ordenamiento general. No es ley, pero que, derivando directamente de la Constitución<sup>277</sup>, ocupa en su propia orden una posición idéntica a la de la ley, aunque posea contenido y forma diferenciales y sometida a una reserva material, esto es, fuente que sólo puede operar dentro de un ámbito de materias cuya normación pertenece a sus titulares, - reserva de reglamento parlamentario- de tal modo que, ni ella puede salir de tal ámbito acotado ni una norma externa que lo invadiera debe poder existir como derecho válido. La relación entre reglamento y las demás normas legales no es regida por el principio de jerarquía normativa, sino por el de competencia.

El control jurisdiccional de constitucionalidad de los reglamentos parlamentarios, en correlación con su naturaleza jurídica, tiene previsión específica no en el texto de la Constitución española pero en desarrollo que el artículo 27.2 letra d) LOTC ha hecho de su artículo 161.1, incluso por la vía del recurso de inconstitucionalidad (art. 32 LOTC). Y la primera y básica cuestión enfrentada por el Tribunal consistió en concretar precisamente los límites de la autonomía parlamentaria fijando, a través de una línea jurisprudencial restrictiva, el carácter esencialmente institucional de referida potestad de manera a coartar extensiones de esta fuente a ámbitos propios de la ley<sup>278</sup>.

---

<sup>275</sup> *Derecho parlamentario, en Temas básicos de derecho constitucional tomo II, Organización del Estado*, Manuel ARAGÓN REYES (Coord.), Civitas, 2001, p. 81.

<sup>276</sup> Esto es lo que establece la cláusula final de referido reglamento, a la que añade de inmediato que “también se publicará en el BOE”, lo que debe ser entendido, conforme Garrorena Morales, en cuanto esta norma es capaz de producir efectos externos. (ob. cit. p. 89).

<sup>277</sup> “Tales reglamentos enlazan directamente con la Constitución sin la mediación de la ley, con la cual guardan una relación presidida por el principio de competencia, pues los reglamentos parlamentarios tienen el monopolio sobre las materias que la Constitución les encomienda y, además, no pueden ocuparse de ninguna otra. Difieren profundamente, por tanto, de los reglamentos de la Administración”. (DE OTTO, Ignacio, ob. cit. p. 225).

<sup>278</sup> “Mediante las prerrogativas constitucionales... la Constitución ha querido proteger de forma cualificada la libertad, autonomía e independencia de los órganos constitucionales, interés superior del ordenamiento de todo Estado Democrático de Derecho (Art. 1.1 CE) e instrumento imprescindible para garantizar la efectiva

En suma, de la jurisprudencia hoy consolidada por el Tribunal Constitucional se concluye que sólo los reglamentos parlamentarios pueden ser objeto de recurso de inconstitucionalidad, tal como dispone el artículo 27.2 d) LOTC, mientras las llamadas normas derivadas (resoluciones interpretativas o supletorias dictadas por las Mesas o los Presidentes de las Cámaras) caen en el campo de la potestad reglamentaria o administrativa común y, por consecuencia, son susceptibles del control jurisdiccional ordinario, conforme el precepto del artículo 106.1, CE, según las prescripciones del artículo 6 de la LOPJ y artículo 1.1, de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Aparte de eso, referidas normas derivadas, en tanto decisiones o actos sin valor de ley, están sujetas al recurso de amparo, en los supuestos de vulneración de un derecho fundamental, en los términos establecidos por el artículo 42 LOTC; es decir, el recurso de amparo directo.

### **g) Las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas**

En virtud del modelo autonómico asumido por el Estado español en el artículo 2 de su Norma Fundamental, las Comunidades Autónomas tienen potestad legislativa para emanar leyes en las materias de su competencia, limitadas a su ámbito territorial. Referida potestad se ejerce en conformidad con los Estatutos de Autonomía, aprobados por las Cortes Generales, en el ámbito material que les pertenezcan de acuerdo con las competencias que les son autorizadas en el artículo 148, con la facultad de ampliación mediante reformas de estatuto, admitidas en el artículo 149 de la Constitución<sup>279</sup>, además de las referidas en el art. 150.1 y en conformidad con las transferencias que les hayan sido atribuidas en la forma del apartado 2 del mismo artículo de la Constitución.

La naturaleza legal de estos productos normativos emanados de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas es indiscutible y, por expresa previsión contenida en el artículo 27.2, e) LOTC, son objeto de control de constitucionalidad, en igualdad de condiciones con las leyes estatales, de las que difieren sólo por un principio de competencia y ámbito de aplicación.

Si del punto de vista de la naturaleza de esos productos legislativos no hay jerarquía entre las fuentes de producción de derecho, el principio de reparto de competencia que condiciona ambos ordenamientos jurídicos plantea una diferencia de trato en las relaciones entre normas estatales y normas autonómicas que no puede eludirse.

---

separación entre los poderes del Estado...”. Por esa razón, y en tanto que “sustracciones al Derecho común conectada a una función (STC 51/1985, FJ 6º), las prerrogativas parlamentarias son imprescriptibles e irrenunciables (STC 92/1985), y no es constitucionalmente legítima una extensión legislativa (STC 186/1989) o una interpretación analógica de las mismas (STC 51/1985). En la misma línea, la STC 121/1997(FJ 10º), el Tribunal sostuvo que: “la autonomía organizativa de las Cámaras (Art. 72.1CE) no cobija una potestad normadora de carácter genérico. Antes bien, como prerrogativa constitucional al servicio de su independencia frente a eventuales injerencias de otros poderes del Estado, dicha potestad normativa se intenta proyectar exclusivamente sobre el ámbito material que determina el propio artículo 72.1 CE” (Cfr. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., *Autonomía parlamentaria*, ob. cit. pp. 84-85).

<sup>279</sup> El principio de autonomía de las Comunidades Autónomas, segundo a generalidad de la doctrina y la jurisprudencia del TC (SSTC de 2 de febrero de 1981, de 14 de julio, 28 de julio, entre otras), implica la necesidad de otorgarles la capacidad legislativa, cuyas normas, por ello, son igualmente controlables por el Tribunal, aunque algunos autores entiendan que el rango de las leyes estatales y de las CCAA no sean iguales. (DIEZ MORENO, *El control constitucional de la potestad normativa de las Comunidades Autónomas*, en *El Tribunal constitucional*, y GONZÁLES NAVARRO, *Potestad legislativa del Estado y potestad reglamentaria autónoma de las nacionalidades y regiones, en la Constitución española y las fuentes del derecho*, vol. II, apud GARCÍA MARTÍNEZ, M. Asunción, *El recurso de inconstitucionalidad*, Trivium, Madrid, 1992, p. 85).



Conforme señala Asunción García Martínez, “por el juego combinado de una serie de institutos, resulta un trato desigual de instituciones de idéntica naturaleza, las normas legales, a favor de las estatales como integrantes de un ordenamiento, el estatal, origen inmediato del autonómico según establece la Constitución, que no queda así en plano de igualdad”<sup>280</sup>.

Es precisamente por este juego combinado, que se manifiesta la insuficiencia del concepto formal de Constitución, en el ordenamiento jurídico español, para determinar la inconstitucionalidad de una ley por razones de carácter competencial. La Constitución formal, en efecto, sólo opera como un canon incompleto de constitucionalidad, de ahí que a sus contenidos sea necesario añadir los contenidos de los distintos Estatutos de Autonomía y demás leyes no estatutarias referidas en el artículo 150 para alcanzar la Constitución global del Estado en su dimensión territorial. Por tanto, sólo a partir de esta integración es posible averiguar, en cada caso, el criterio de delimitación competencial que ha de servir de medida para determinar la validez de la ley desde la óptica de su adecuación al orden de distribución de competencias previamente establecidas<sup>281</sup>.

En cuanto al control de constitucionalidad, aunque las normas reglamentarias de la administración autónoma estén adscritas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 153 c) CE), la Constitución prevé en el artículo 161.2 una vía específica que permite al Gobierno impugnarlas, por inconstitucionales, ante el Tribunal Constitucional, cuyo proceso se sustancia en el cauce específico y autónomo desde el artículo 62 al 67 LOTC y la consecuencia más saliente de ello –aparte del plazo de la impugnación que es de dos meses siguientes a la fecha de publicación– es la suspensión de la norma impugnada, como prescribe el referido precepto constitucional. De esta manera, hay una concurrencia de jurisdicción entre la del contencioso-administrativa y la del Tribunal Constitucional, que “según la opinión común, conforme Rubio Llorente, se explica en razón de la ventaja añadida que para el Gobierno entraña el automatismo de la suspensión en cuando el ataque se hace ante el Tribunal Constitucional; no la suspensión en sí misma, que también el juez contencioso puede acordar”<sup>282</sup>.

#### **h) Los Reglamentos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades autónomas**

A consecuencia lógica del modelo autonómico y de la potestad normativa que ya hemos apuntado, implica el poder de autoorganización de las Comunidades Autónomas para el adecuado cumplimiento de su misión en los espacios de competencia que le son propios y asignados por la Constitución y sus estatutos. Su organización político-administrativa, por tanto, deviene como un presupuesto del ejercicio de sus competencias, no sólo en el que se refiere a las de ejecución, sino especialmente en lo que concierne a sus competencias típicamente materiales, lo que concretan por intermedio de sus órganos internos, que en general cumplen las mismas y clásicas funciones jurídico-políticas del ordenamiento estatal. Es decir: funciones ejecutivas, legislativas y judiciales, con la salvedad, en cuanto a esta última, de que los órganos del Poder Judicial no pertenecen a las Comunidades Autónomas, ya que tienen una estructura orgánica distinta, rigiéndose por el principio de la autonomía e independencia.

Las Asambleas Legislativas, como órgano institucional que detenta el poder legislativo en el ámbito competencial perteneciente a las Comunidades Autónomas,

<sup>280</sup> GARCÍA MARTÍNEZ, M. Asunción, *El recurso de inconstitucionalidad*, Trivium, Madrid, 1992, p. 85.

<sup>281</sup> *et al*, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 2º ed., MacGrawHill, Madrid, 2000, pp. 32-33.

<sup>282</sup> RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder*, CEC, Madrid, 1997, p. 402.

posee facultades reglamentares semejantes a las del parlamento nacional con importantes matices, como los relativos a su estructura unicameral, denominación, número de integrantes, porcentaje mínimo de votos como condición de acceso para los parlamentarios etc.<sup>283</sup>. Ahora bien, partiendo del supuesto del reconocimiento de la autonomía parlamentaria consagrada en los Estatutos de Autonomía, unos de sus más elementales e importantes aspectos se traduce el poder de dictar sus propias normas de funcionamiento, al igual que el Parlamento estatal, cuyo instrumento normativo que las concretiza es precisamente el reglamento por el cual dispone sobre reglas orientadas a regulación de toda su estructura interna y de procedimiento para la aprobación de las leyes y demás actos normativos, además de las normas de carácter externo en lo que concierne a sus relaciones con otros órganos de la Comunidad.

En cuanto a su posición en el ordenamiento autonómico no cabe duda de que también en este punto no hay diferencia del rango del que disfruta su homólogo, en la medida en que estando el reglamento inmediatamente subordinado al Estatuto de la Comunidad, como su fuente primaria, como aquél, goza de la misma fuerza de la ley de las autonomías situándose en idéntica escala jerárquica en el ordenamiento de que participa, y, por tanto, se sujeta al control de constitucionalidad en igualdad de condiciones con la ley en sentido formal, no sólo por fuerza de la específica previsión contenida en el artículo 27.2 f) LOTC, sino por la regla genérica de control de constitucionalidad del artículo 153 a) CE, en lo que se refiere a la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas, sobre disposiciones normativas con fuerza de ley.

#### **i) La doble vía de control del derecho preconstitucional: vigencia y validez**

Tema relevante en el que se refiere a las normas pasibles de control de constitucionalidad, que además presenta soluciones disformes en algunos ordenamientos, es el relativo al derecho preconstitucional.

La tercera disposición derogatoria contenida en la Constitución de España en el sentido de que “asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”, es precepto que traduce un criterio lógico de armonización del sistema jurídico que suele imponerse con el surgimiento de una nueva orden instaurada por la Norma Fundamental. No siempre, con todo, es sencillo saber cómo se procesa tal armonización y cual es el procedimiento que mejor prestigia la defensa de la Constitución, pudiendo variar las soluciones filosófico-políticas en cada ordenamiento.

Dos son los criterios tradicionales de resolución de antinomias en el conflicto entre Constitución y norma anterior; el criterio temporal, por el cual el carácter posterior de la Constitución en el tiempo hace imponerse a ésta sobre las normas anteriores que sean contrarias a ella, y el criterio jerárquico según el cual la norma constitucional prevalece

---

<sup>283</sup> Los Parlamentos autonómicos son unicamerales, el número de diputados varía de una CA a otra; por ejemplo en Cataluña, de 100 a 150; en Galicia, de 60 a 80; en Andalucía, de 90 a 110; en Asturias, 45; en Cantabria, 35, etc. La convocatoria de las elecciones pertenece al Presidente del Consejo de Gobierno; no obstante, tras los acuerdos autonómicos de 1981, en las Comunidades constituidas por la vía del Art. 143 CE esta facultad del Presidente autonómico ha quedado limitada. En algunos casos, se adopta la denominación clásica de Parlamento (Andalucía, Cataluña, País Vasco...); en otros se recurre a la tradición española: Cortes (Castilla y León, Comunidad Valenciana...); otras emplean la denominación constitucional de Asamblea (Madrid, Extremadura ...), y otras, como Diputación Regional y General (en Cantabria y La Rioja, respectivamente) o de Junta General del Principado de Asturias. (Cfr. CARRILLO LÓPEZ, M., *Temas básicos de derecho constitucional Tomo II, Organización del Estado*, Manuel ARAGÓN REYES (Coord.), Civitas, Madrid, 2001, p.307).

siempre sobre las normas inferiores. La prevalencia de uno u otro criterio puede conducir a afectación de figuras jurídicas diversas. Básicamente, de manera simplificada podría decirse que la aplicación del criterio temporal implica reconocer el problema como una cuestión de simple vigencia, es decir, dilucidar si ocurre o no la derogación de la norma sería una tarea de mera confrontación entre los contenidos de la norma que revoca y la que se sospecha revocada según la máxima *lex posterior derogat priori*, lo que normalmente se inscribe en la actividad jurisdiccional común de aplicación. En tal supuesto, cualquier Juez o Tribunal puede dejar de aplicar el derecho preconstitucional por no considerarlo ya vigente. Por el contrario, si el criterio utilizado es el jerárquico de la ley o norma objeto frente a la Constitución, el conflicto pasa a ser un problema de validez, lo que implica que sólo el Tribunal Constitucional – en los ordenamientos en los que a él corresponde el monopolio de rechazo de la ley- pudiera enjuiciar la adecuación o no de la norma en discusión<sup>284</sup>.

La justificación entre la derogación e inconstitucionalidad sobrevenida radica, pues, en el fundamento político. Conforme Solozabal Echavarría, “en el supuesto de la derogación el derecho posterior no se impone por su superioridad cualitativa, derivada de su origen en un órgano más alto, sino por su condición, normalmente, de voluntad última del mismo órgano. La inconstitucionalidad de la ley, en cambio, se determina por la superioridad de rango del órgano del que procede la Norma Fundamental cuya voluntad la ley conculca”<sup>285</sup>.

El Tribunal Constitucional español, desde el inicio de sus actividades, al declararse “competente para enjuiciar la conformidad o disconformidad de leyes preconstitucionales con la Constitución, declarando, si procede, su inconstitucionalidad sobrevenida y, en tal supuesto, la derogación operada por virtud de la disposición derogatoria” ha consagrado, sin embargo, una doctrina ecléctica<sup>286</sup> en la medida en que el órgano no tiene en cuenta la distinción conceptual entre derogación e inconstitucionalidad sobrevenida y admite una dualidad de control sobre el derecho preconstitucional.

En efecto, a partir de la STC 2/1981 y la de 8 de abril del mismo año ha quedado asentada la competencia compartida de control del derecho anterior que ejerce el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria, aunque, como es obvio, los Jueces y Tribunales ordinarios no puedan invalidar las leyes que tengan por inconstitucionales, sino sólo dejar de aplicarlas<sup>287</sup>. Es decir que, frente a una ley considerada inconstitucional por fuerza de la derogación constitucional, tanto se puede sostener que referida norma ha sido derogada y, en tal supuesto, el propio Juez ordinario detiene competencia para no aplicarla al caso concreto, en cuanto esta misma norma puede ser objeto de control por parte del

---

<sup>284</sup> PÉREZ TREMPES, Pablo, *El tribunal constitucional*, en *Derecho constitucional vol. II. Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 260.

<sup>285</sup> El autor añade que: “la significación meramente política de la derogación se muestra en el hecho de que la derogación de una ley no supone la reviviscencia del derecho anterior al derogado, lo que ocurriría si se manejasen criterios exclusivamente jurídicos que operarían en un sentido reviviscente, dado el *horror vacui* del ordenamiento”. La STC de 24 de febrero de 1953, del Tribunal Constitucional Alemán, según el autor, considera que no es posible a un Juez ordinario plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre una norma preconstitucional entendiéndose que en ese caso se estaría delante de un problema de vigencia sobre el que el juez ha de pronunciarse y no sobre un problema de validez. (SOLOZABAL ECHAVARRÍA, JJ., *Inconstitucionalidad sobrevenida*, en *Temas básicos de derecho constitucional, Tomo I, Constitución, estado constitucional y fuentes de desarrollo*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 69-71). Éste es el entendimiento seguido en el Brasil.

<sup>286</sup> GARCÍA MARTÍNEZ, Asunción ob. cit. p. 123. Según la autora, esta jurisprudencia ha sido reiterada, entre muchas otras, en la STC de 31 de marzo de 1981, de 29 de abril de 1981; 80/1983, de 10 de octubre; 42/1987, de 7 de marzo; 204/1988, de 7 de noviembre. (ob. cit. p. 124).

<sup>287</sup> RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder*, CEC, Madrid, 1997, pp. 384-385.

Tribunal Constitucional, a instancia de este Juez o Tribunal en caso de duda por medio de cuestión de inconstitucionalidad, o aún por medio del recurso de amparo a instancia de los legitimados.

Según el razonamiento del Tribunal, en tanto que la derogación es resultado de una contradicción con la Constitución, esta contradicción es una premisa de la derogación y, en consecuencia, puede decirse que la inconstitucionalidad de las leyes anteriores conduce a unas consecuencias que pueden ser concurrentemente la derogación y la nulidad. Con esto, lo que prepondera es la inconstitucionalidad sobre la derogación, protegiendo mejor la fuerza normativa de la Constitución<sup>288</sup>.

El nuevo derecho instituido por una Constitución, sin embargo, no opera una invalidación de todo el edificio jurídico legítimamente producido conforme el derecho anterior. Por supuesto que la necesidad de armonización entre el derecho viejo y el nuevo no alcanza las formas de producción de las especies normativas antes admitidas y que ya no corresponde a los nuevos modos de producción legislativa posteriormente instituidos pero se asienta sobre un criterio material, pues, mientras la ley preconstitucional siga siendo sustancialmente conforme el nuevo orden, por el contrario la ley pos constitucional, aunque pueda haber sido producida de manera idéntica con los procedimientos formales vigentes, posee contenido opuesto a los valores o a los principios de la nueva Constitución y esto constituye la esencia de un juicio de validez que quiere armonizar el nuevo y el viejo sin negar el valor de la experiencia, la vida vivida y validada materialmente por el nuevo orden.

L

### 3.1.2) El parámetro del control

El criterio clásico de enjuiciamiento de la validez de las normas se funda en la jerarquía superior de la Constitución, como norma fundamental estructural de todo el ordenamiento jurídico, la única que confiere fundamento de validez a todas las demás leyes, según la concepción piramidal de la teoría del ordenamiento jurídico más aceptada en el constitucionalismo actual. Este criterio jerárquico forma, pues, el parámetro y criterio del control de constitucionalidad tradicional en el juicio de constitucionalidad de las leyes y actos normativos con fuerza de ley de manera general.

La noción de que la Constitución es parámetro típico o esencial del control impone precisar que todas sus normas indistintamente<sup>289</sup> sirven *a priori* como criterio de enjuiciamiento de las demás normas del sistema jurídico<sup>290</sup>, aunque no siempre todas ellas, por sus características vagas, abiertas, indeterminadas o flexibles, permiten al interprete

<sup>288</sup> GARCÍA MARTÍNEZ, M. Asunción, *El recurso de inconstitucionalidad*, Trivium, Madrid, 1992.

<sup>289</sup> Pueden ser de tres tipos las normas parámetros: a) que imponen determinadas reglas instrumentales o procedimentales para la producción de los actos normativos previstos por la propia Constitución; b) que prescriben o excluyen determinados contenidos de las Leyes, y c) regulan las respectivas esferas de competencia de los diversos centros organizativos entre los que distribuye el poder legislativo. A estas tres finalidades asumidas por las normas constitucionales corresponden otras tres clases de vicios – formales, materiales y competenciales – determinantes de la inconstitucionalidad de la norma de ley a la que afecten. En la práctica, sin embargo, la falta de competencia del órgano del que proviene la norma cuestionada se asimila a los vicios formales (TRUJILLO FERNÁNDEZ, G., *Recurso de Inconstitucionalidad en Temas básicos de derecho constitucional, tomo III, Tribunal constitucional y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, p. 40).

<sup>290</sup> Por ello, ninguna otra norma, a rigor, como Tratados internacionales, normas de derecho comunitario, ni cualquier otra disposición interna o externa puede operar como norma directa de contraste para declarar la validez de la norma enjuiciada y, pues, su inconstitucionalidad, aunque puedan servir como soporte hermenéutico.

extraer todas sus consecuencias, que, por ello, en ocasiones debe valerse de otras normas componentes del ordenamiento jurídico, incluso principios constitucionales generales y las costumbres, en típico proceso de integración, con los subsidios de la jurisprudencia y doctrina especializadas y de acuerdo con los métodos de interpretación específicamente constitucional. Por supuesto que, dada la naturaleza política de sus normas resultantes del pacto socio-político, sus enunciados se caracterizan por un lenguaje de baja precisión conceptual, lo que impone, muchas veces, el recurso a significados lingüísticos que tienen sede en el derecho ordinario pudiendo decirse que el proceso interpretativo no siempre sigue una línea ascendente, de la norma objeto para el texto constitucional, sino más bien un movimiento circular en que se parte de la norma hacia el texto constitucional y luego de éste hacia otra norma ordinaria, volviendo a reinterpretarse el resultado de las normas encontradas. Es decir: desde un punto de vista real, no hay un solo parámetro de enjuiciamiento.

Además de lo que se acaba de exponer, todavía es posible, añadir al criterio puramente jerárquico la técnica de distribución de ciertas materias entre ciertos tipos de leyes, creando el constituyente una reserva para campos jurídicos especiales que podría decirse ‘campos horizontales de leyes’, según la fórmula: para el contenido x la forma y<sup>291</sup>. De esta manera, esas leyes en general dotadas de un procedimiento más estricto que las demás y directamente requeridas por la Constitución, pero que no forman parte de su texto, pasan a funcionar como un parámetro adicional en el enjuiciamiento de la constitucionalidad de otras normas del ordenamiento jurídico sin que, con todo, haya superioridad jerárquica entre unas y otras, sino tan sólo una relación de pertinencia y adecuación con relación a ámbitos materiales.

Es una característica de los ordenamientos jurídicos complejos, en particular el español, en que coexisten diversos tipos normativos, cada uno de los cuales es expresión de una diferente potestad normativa, que el sistema de fuentes del derecho sea regido no sólo por el principio de jerarquía sino además por el principio de competencia, que consiste en acotar un ámbito material y encomendar su regulación a un determinado tipo de norma, de manera que los demás tipos de normas no pueden, en principio, incidir sobre dicha materia. En algunos supuestos, referida acotación se da sobre ámbitos estritos, como es el supuesto de los reglamentos parlamentarios (art. 72.1 CE), o de la ley orgánica, que tiene reservada la regulación de las materias enumeradas en el artículo 81.1 CE; en otros casos, el acotamiento material incide sobre el territorio, como es el caso de las normas de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales y, en un tercer grupo, el acotamiento se hace diferenciando las diversas potestades que pueden incidir sobre una

---

<sup>291</sup> La distribución de materias susceptibles de regulación entre diversas fuentes que integran el ordenamiento jurídico, derivando una estructura horizontal del ordenamiento, se concretiza al asignarse a ciertas clases de normas la regulación de ciertas materias y sólo de ellas, de modo que la norma de que se trate es la única que puede regular una materia en concreto y, además, sólo puede ocuparse ella. El ejemplo más típico es la distribución territorial de competencias entre el Estado y otros entes territoriales dotados de capacidad normadora, en el caso de España las Comunidades Autónomas. Técnica distinta, aunque combinable con la anterior, es la de reservas mediante las cuales se establece que ciertas materias sólo pueden ser reguladas por ciertas clases de normas y no por otras, sin que ello excluya que esas normas puedan ocuparse también de materias distintas. (DE OTTO, Ignacio, ob. cit. p. 90). Como dice F. BALAGUER, “la fuente es el soporte de la norma. Para que la norma sea válida, su soporte ha de ser el adecuado, según las disposiciones establecidas en el Ordenamiento sobre la producción normativa. Así, por ejemplo, un precepto electoral incluido en la Ley de Presupuestos o una norma limitadora de un derecho fundamental incluida en un reglamento carecen de soporte adecuado. Esa misma norma con un soporte idóneo puede ser perfectamente válida, aunque diga exactamente lo mismo. De ahí la importancia decisiva que en todo Ordenamiento jurídico tiene las normas sobre producción de normas o normas sobre producción jurídica, la máxima expresión de las cuales es la propia Constitución” (TORRES DE MORAL, Antonio, ob. cit. p. 88).

misma materia, es decir, distintos tipos normativos pueden regular una misma materia dada, mas deben hacerlo produciendo una normación con un significado y alcance propio, como sucede en los supuestos de regulación bifásica previstos en el artículo 149.1 CE: al Estado corresponde la regulación legal y a las Comunidades Autónomas su desarrollo reglamentario, o al Estado corresponde la legislación básica y a las Comunidades Autónomas la legislación de desarrollo.

#### **a) El bloque de constitucionalidad**

Ahora bien, en el Estado español la Constitución no procede ella misma a una definición de las competencias de las Comunidades Autónomas, delegando en el legislador orgánico la competencia para que, de modo flexible y progresivo, completase y ordenase los enunciados de apertura a la descentralización política contenida en el Título VIII, trayendo causa a la llamada “desconstitucionalización de la forma territorial del Estado”, cuyo significado notable es que la Constitución formal sólo opere como un canon incompleto de constitucionalidad y que a sus contenidos sea necesario añadir los de los distintos Estatutos de Autonomía<sup>292</sup> y otras normas, lo que no sucede en los estados federales, como es sabido.

En virtud de esa opción constituyente, surge entonces un conjunto normativo dirigido a la disciplina de las competencias territoriales, compuesto por la Constitución, los Estatutos de Autonomía, las leyes por las que, conforme previsto en el artículo 150.1 y 2 CE, se delegan o transfieren a las Comunidades Autónomas determinadas facultades legislativas o el ejercicio de competencias en materia de titularidad estatal, bien así las llamadas leyes de armonización preconizadas en el apartado 3 del mismo artículo, además de otras remitidas por la Constitución y los Estatutos llamadas a cumplir la misma función, que forman el llamado bloque de constitucionalidad, normas consideradas materialmente constitucionales, aunque sólo la Constitución y los Estatutos de Autonomía serían formalmente constitucionales, mientras las demás poseen rango infra-constitucional y eventualmente reglamentario<sup>293</sup>.

En efecto, el término bloque de constitucionalidad, traducción de la expresión francesa *bloc de constitutionnalité*, aunque no coincide con aquella en cuanto a su concepción y contenidos jurídicos, con ella se identifica en relación al fenómeno a que la categoría jurídica ha sido llamada históricamente a dar cuenta: la necesidad de colmar insuficiencias dejadas por la Constitución.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en su artículo 28.1, establece: “Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de ley del Estado o de las Comunidades autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las leyes que dentro del marco constitucional se hubieran dictado para delimitar competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas”. Y su apartado 2, reza: “Asimismo el Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo 81<sup>294</sup> de la Constitución los preceptos de un

---

<sup>292</sup> , ob. cit. p. 32.

<sup>293</sup> RUBIO LLORENTE, F., *Bloque de constitucionalidad en Temas básicos de derecho constitucional, tomo I, Constitución, estado constitucional y fuentes de desarrollo*, Manuel ARAGÓN REYES (Coord.), Civitas, Madrid, 2001, pp. 64-65.

<sup>294</sup> El Art. 81 CE dispone: “1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas

Decreto-Ley, Decreto Legislativo, Ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una Comunidad autónoma en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a Ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter cualquiera que sea su contenido”.

Objetivamente, en caso de una infracción del principio de reserva de ley orgánica, el supuesto descrito en el apartado 2 del artículo 28 LOTC es explícito: la inconstitucionalidad por violación de la reserva de Ley Orgánica vulnera la norma del artículo 81 CE. Ya en el supuesto del apartado 1, en donde hay una remisión a otros contenidos legales variados, lo que se tiene es una cláusula dirigida al proceso de interpretación en que el Tribunal Constitucional habrá de tener en cuenta todas las normas dictadas para delimitar las competencias del Estado y las Comunidades autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de esas competencias, que no son uniformes ni inmutables, como hemos visto. Es decir, la reserva sobre el ámbito material territorial está constituida de múltiples fuentes.

Ese proceso implicará, dada la intervención del parámetro adicional, una especie de control circular que, partiendo de la norma enjuiciada para la Constitución vuelve al bloque de constitucionalidad y de éste prosigue en contraste con la Norma Fundamental, en lo que se concretiza una interpretación tópica-concretizadora<sup>295</sup>, que parte del problema, a partir de una situación histórica, para la solución constitucional, siempre mediatizada por presupuestos objetivos – el contexto- técnica empleada de manera preferente por los Tribunales Constitucionales en su actividad interpretativa. Y de esta manera, va notarse un interesante fenómeno que rompe la noción tradicional del parámetro constitucional: la rigidez, en la medida que el Tribunal, rellenando el contenido del bloque con leyes ajenas a su texto -programa normativo- pero que considera pertenecientes a su ámbito normativo<sup>296</sup>, lo construye como un parámetro flexible, resultante de la investigación que impone la necesidad del caso concreto.

---

exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto”. Se entiende la ley orgánica como una ley reforzada, dotada de mayor rigidez que la ordinaria. El trato de una materia común en ley orgánica no produciría, para Ignacio DE OTTO, ilegitimidad constitucional, “por no haber infracción de la reserva constitucionalmente establecida” (*Derecho constitucional: sistema de fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona, 1997, p. 114). El TC ha rechazado una concepción formal del concepto de ley orgánica afirmando que “podría producirse en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas”. Así, la conclusión del TC es la de que el legislador no puede introducir en ley orgánica precepto no sujeto a reserva, pues “si es cierto que existen materias reservadas a leyes orgánicas, también lo es que las leyes orgánicas están reservadas a estas materias”. (STC 51/81, cfr. Ignacio DE OTTO, ob. cit., p. 115).

<sup>295</sup> El término “tópica-concretizadora” es empleado para designar la fusión del método tópico-problemático, en que se acentúa el problema, de él partiéndose para la adaptación de la norma, y el método hermenéutico-concretizador, en el que el interprete concretiza la norma a partir de una situación histórica concreta, mediada por el contexto, en la cual se acentúa el primado del texto constitucional (Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes, ob. cit. pp. 1085-1086).

<sup>296</sup> El texto de un precepto jurídico-positivo es apenas la parte descubierta del *iceberg* normativo (F. Müller), correspondiendo en general al “programa normativo” (ordene o comando jurídico), mientras el “dominio normativo” es un “trozo de la realidad social” que el programa contempla sólo parcialmente (CANOTILHO, J.J. Gomes, ob. cit. p. 1087). En este sentido, Luis Díez-PICAZO, distinguiendo texto y norma enseña que los textos son significantes, mientras que las normas son significados...; “los textos son vehículos de una carga de sentidos, pero la norma es el sentido del que el texto aparece cargado. El texto, además, es una forma de comunicación caracterizada por las limitaciones de su autor, un estilo literario y unos

**b) El bloque de constitucionalidad como noción alusiva a principios y valores superiores del ordenamiento constitucional**

Aparte de esa aplicación del concepto al ámbito de la ordenación del sistema autonómico, que ha sido justificada como un imperativo de la delegación del constituyente al legislador constituido, permitiendo, de consecuencia, una amplia labor creativa por parte del Tribunal Constitucional, parece posible identificar contenidos materiales referidos directa o indirectamente por la Constitución a otros ámbitos que podrían encajar en la misma categoría, en un sentido amplio, en beneficio de la funcionalidad que, desde un punto de vista real, cumplen los sistemas de justicia constitucionales democráticos. Evidentemente, nos estamos refiriendo a un parámetro general, alusivo a los principios y valores constitucionales no escritos<sup>297</sup> que se cristalizan en el ordenamiento por medio de la interpretación constitucional, especialmente en defensa de los derechos fundamentales, y que amplía aquella idea, más allá de un conjunto de normas, como un bloque de valores constitucionales históricamente concretizados.

Si se parte de la premisa de que la Constitución, como resultante de un pacto sociopolítico se auto-asigna finalidades conforme a un régimen de un Estado Social y Democrático de Derecho en el cual se reconoce y se propugna como valores superiores de su ordenamiento la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, como expresamente enuncia su artículo 1.1, en sintonía con el deseo expresado en el preámbulo de “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones”, entre otros, y si a los poderes públicos corresponde promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”, parece una obviedad que la Constitución refleja una serie de convicciones y creencias que han de ser desarrolladas dinámicamente y que, por supuesto, no están entera o plenamente codificadas en textos legales pero que se conforman a la idea de un bloque de constitucionalidad, o bloque de valores constitucionales que imanan todo el ordenamiento jurídico. Esta parece, incluso, una concepción más cercana a la noción original del término.

En efecto, el término bloque de constitucionalidad, según Fernández Rodríguez, fue introducido en Francia en los años setenta del siglo XX. Si es cierto, como hemos apuntado, que hay diferencias entre el bloque español y el *bloc* francés en diversos planos, en particular en lo que se refiere a sus contenidos, pues mientras el nuestro nace de la necesidad única de llenar los vacíos dejados por la Constitución en la construcción del Estado autonómico, la doctrina parece concordar en que, tanto en Francia como en España la razón de fondo de su existencia es intentar establecer un concepto material de

---

condicionamientos culturales, económicos o sociales...; “la norma, al cristalizar en un texto plasma una estampa vital, representativo de una forma de vida” (*Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3º ed., Ariel, Barcelona, 1999, pp. 91-106).

<sup>297</sup> Para CANOTILHO “la constitucionalidad global sería más vasta que la Constitución escrita, por lo tanto, incluiría, no sólo los principios jurídicos fundamentales informadores de cualquier Estado de derecho, sino también los principios implícitos en las leyes constitucionales escritas”. La única restricción que hace a la propuesta de alargar el bloque de la constitucionalidad es la de que, tales principios han de reconducirse a una densificación o revelación específica de principios constitucionales positivamente plasmados; y ejemplifica con: el principio de la proporcionalidad, el principio de la no retroactividad, el principio de la protección de la confianza, el principio de la prohibición del retroceso social o de la prohibición de la evolución reaccionaria, todos ellos generalmente consignados en la Constitución, de acuerdo con el programa normativo-constitucional de los Estados Democráticos de Derecho (CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 812-813).



Constitución con el que se pudiera enjuiciar las normas, determinar la constitucionalidad<sup>298</sup>, aunque este parámetro de validez en Francia sea constituido de valores históricos que impregnan a todo el sistema jurídico, y aquí el parámetro ha sido construido declaradamente sólo en el campo de la distribución territorial de los poderes. En cualquier caso, lo que es incontrovertible es que se tratan de típicas construcciones de categorías o principios por tribunales.

Conforme la perspectiva subrayada, el artículo 10.2 de la Constitución española introduce como parámetro interpretativo la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España sobre esas mismas materias, imponiéndolos a la observancia de los operadores jurídicos en general siempre que estén en la labor de interpretar y aplicar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce<sup>299</sup>.

Por ello, tiene incluido en el bloque de la constitucionalidad diversas leyes, con el alcance que determina sus sentencias y se deriva de su doctrina general, los estatutos de autonomía (STC 149/1991, F.1), los reglamentos parlamentarios (STC 99/1987, F.1 y 36/1990, F.2), (STC 25/1993, F.1), la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, (STC 181/1988, F.3) y la Ley Orgánica del Régimen Electoral (STC 154/1988, F. 3), que no son, por supuesto, las únicas normas que integran el bloque<sup>300</sup>, lo que revela una tendencia ampliativa de desarrollo del concepto.

Esa *praxis* ‘inflacionaria’ de incluir leyes en el bloque de constitucionalidad mediante la consideración de sus contenidos materiales en la delimitación de competencias, que sin duda dificulta la resolución de las relaciones inter-normativas<sup>301</sup>, nos parece una demostración más de las peculiaridades de la jurisdicción constitucional. La experiencia puede revelar que a menudo el Tribunal realiza una labor cada vez más comprometida con los valores constitucionales, aunque por ello imponga algún sacrificio a la técnica procesal común, al lanzar mano de su alto poder creativo según las necesidades del caso concreto, impregnando de sentido valorativo ciertas disposiciones jurídicas aparentemente vacías o de significado distinto, operando una cierta mutación o

---

<sup>298</sup> RUBIO LLORENTE, F., *El bloque de constitucionalidad*, ob. cit. p. 65; ACOSTA SÁNCHEZ, José, ob. cit. pp. 335-336.

<sup>299</sup> El TC ha considerado que “el Art. 10.2 CE se limita a establecer una conexión entre nuestro sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los convenios y tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución” (STC 36/1991, F.5). Y, de manera tajante, el TC no considera a los tratados y convenios como parámetro de constitucionalidad: “La interpretación a que alude el citado Art. 10.2 CE no convierte tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales (STC 64/1991, F.4). Pero, el TC ha declarado, también, que la doctrina emanada del TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) –no la del comité de Ministros– debe servir de criterio interpretativo, de acuerdo con el Art. 10.2 CE (STC 114/1984, F.3). (Cfr. CARRERAS SERRA Francesc y GAVARA DE CARA, Juan Carlos, ob. cit. p. 34)

<sup>300</sup> Ídem, p.99.

<sup>301</sup> RUBIO LLORENTE ha señalado: “La muy considerable dificultad que en todo caso implica acudir al criterio de la competencia para resolver las relaciones internormativas se hace aún mayor si la delimitación competencial se establece mediante un concepto material, como es, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 32/1981), el de ‘bases’ o ‘legislación básica’ a que tan frecuentemente acude el Art. 149 de la Constitución para definir competencia exclusiva del Estado”. (*Fuentes del Derecho, en Temas básicos de derecho constitucional, tomo I, Constitución, estado constitucional y fuentes de desarrollo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 235).

actualización constitucional, postura que a nuestro juicio prestigia una mejor defensa de la funcionalidad del Estado y la protección de los derechos fundamentales, con eso ahorrando futuras providencias de ‘recomendaciones’ al legislador para suplir lagunas técnicas o rellenar de contenido leyes viejas dadas las dificultades que dichas recomendaciones conllevan.

### **3.1.3) La legitimación**

Legitimados para la promoción del recurso de inconstitucionalidad son: el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las comunidades autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas (art. 162.1 a, CE)<sup>302</sup>.

Tal legitimación es puramente institucional, distribuida en tres categorías: órganos unipersonales: el Presidente del Gobierno y el Defensor del Pueblo; fracciones de órganos estatales: cincuenta diputados y cincuenta senadores; y órganos autonómicos: órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas Legislativas de las mismas<sup>303</sup>. Veamos como se configuran.

#### **a) El Presidente del Gobierno**

La legitimación en las vías procesales del control ha de ser comprendida, en conformidad con las buenas técnicas de interpretación constitucional, sistemáticamente y en función de las distintas misiones atribuidas por la Constitución a los legitimados en el ordenamiento jurídico vigente. En el caso del Presidente del Gobierno, su legitimidad podría producir alguna extrañeza si se tiene en cuenta sólo el ámbito del Estado central en un sistema parlamentarista de gobierno en que las leyes del Parlamento acaban siendo un producto que contiene también su marca, y, por tanto, podría quedar en entredicho su ‘interés jurídico’ en promover el recurso de inconstitucionalidad contra las leyes aprobadas por la mayoría parlamentaria que le da sostenimiento. Pero, aún así no parece enteramente destituida de sentido tal facultad.

El fundamento de tal previsión radica precisamente en la posibilidad de cambios inherentes al régimen parlamentar de gobierno y, por supuesto, en el interés público de restauración del orden jurídico-constitucional. Por muy raro que pueda suceder en situación de normalidad institucional, no es imposible, como advierte Trujillo, que en el

---

<sup>302</sup> Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., *et al*, el Art. 32.2 de la LOTC ha reducido la legitimación activa de los gobiernos y los parlamentos autonómicos, al establecer que “para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad contra las leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía, están también legitimados los órganos ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto”, lo que produce una doble limitación: las CCAA no pueden promover el recurso contra las leyes del Estado que no afecten a su propio ámbito de autonomía y no pueden promoverlo contra las leyes de otras CCAA. Sin embargo, revela el autor, esa limitación ha sido corregida por el TC, en cuanto al primer aspecto, por cuanto ha establecido una interpretación amplia del concepto “propio ámbito de autonomía”, diferenciándolo de la mera reivindicación competencial y haciendo posible que las CCAA puedan presentar recurso contra las leyes estatales sin que se impute a éstas una vulneración del ámbito competencial autonómico (STC 84/1982, de 23 de diciembre). Por otro lado, en cuanto al segundo aspecto, las CCAA sí tienen abierto el conflicto de competencias frente a las leyes de otras CCAA (*Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 219).

<sup>303</sup> Es la forma que los presenta DE ESTEBAN, Jorge y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P., para los cuales se ha querido evitar la continua impugnación de las normas y, a la larga, paralizar el trabajo del Tribunal. (ob. cit. pp. 226-227).

transcurso de tres meses subsiguientes a la publicación de la ley, período durante el cual ésta es directamente impugnabile, pueda producirse un cambio de la mayoría parlamentaria y del Gobierno y, con ello, una nueva situación que propicie dicha impugnación<sup>304</sup>.

Pero, en realidad, su legitimación cobra más sentido si se tiene en cuenta que el recurso de inconstitucionalidad puede ser interpuesto por el Presidente del Gobierno contra leyes, disposiciones normativas y actos con fuerza de ley emanados de las Comunidades Autónomas, lo que de hecho es lo más corriente, cuya iniciativa procesal incluso puede conducir a la suspensión automática de las normas autonómicas impugnadas, como se verá.

## **b) El Defensor del Pueblo**

En lo que se refiere a legitimación para el recurso de inconstitucionalidad el constituyente ha seguido la opción bastante restrictiva en los modelos de jurisdicción constitucional concentrada, que históricamente se institucionaliza en medio a una arraigada concepción respecto a las exigencias de la separación de poderes y por el respeto al poder legislativo, factores que inducen al menor menoscabo posible de la autoridad de la ley. Pero, además, abundan en esa tendencia motivos de orden pragmático relacionados con la conveniencia de no sobrecargar con un trabajo desbordante al órgano titular de dicha jurisdicción<sup>305</sup>.

La legitimación del Defensor del Pueblo, como agente calificado a la defensa de los derechos constitucionales comprendidos en el Título I de la Carta, responde a la idea abstracta de defensa de los intereses de la ciudadanía, idea que se ve reforzada con el papel de “supervisar la actividad de la Administración dando cuenta a las Cortes Generales”. Pero, si desde ese punto de vista su habilitación es congruente con la naturaleza de sus funciones, desde otro ángulo resulta extraño e ilógico atribuir a un órgano que la Constitución define como “Alto Comisionado de las Cortes Generales”, a quién él debe rendir cuentas, se halle legitimado para impugnar las leyes aprobadas por éstas.

Parece que la propia concepción antes subrayada, de respeto al principio de separación de poderes y al legislador, trae dudas sobre la funcionalidad de tal legitimación. En este punto, conforme señala Asunción García Martínez, “en general, y en función de la experiencia española, en las escasas ocasiones en que el Defensor del Pueblo ha interpuesto un recurso de inconstitucionalidad ha sido por la relación entre la presunta inconstitucionalidad de la ley denunciada y la violación de derechos fundamentales; a veces ha actuado a petición de colectivos, pero son más las ocasiones en que se ha negado a interponer el recurso pese a la existencia, incluso reiterada, de dichas solicitudes”<sup>306</sup>.

Aparte de su dependencia a las Cortes Generales, el que impide pensar la legitimación del Defensor del Pueblo como medio de contrarrestar el desequilibrio derivado de la legitimación de actores político-gubernamentales – como ocurre en otros países europeos<sup>307</sup> – la propia dimensión política de la actividad de control de la

<sup>304</sup> TRUJILLO FERNÁNDEZ, G., *Recurso de Inconstitucionalidad*, en *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo III, Civitas, Madrid, 2001, p. 41.

<sup>305</sup> Cfr. TRUJILLO FERNÁNDEZ, G., ob. cit. p. 41.

<sup>306</sup> GARCÍA MARTÍNEZ, M. Asunción, *El control de constitucionalidad y sus acciones procesales*, en *Derecho procesal constitucional*, CATANEDA OTSU (Coord.), Jurista Editores, Lima, 2004, p.301-360.

<sup>307</sup> Es el caso de Polonia, en donde tienen legitimidad, aparte de autoridades públicas: dirección nacional de sindicatos, las patronales, las organizaciones profesionales, iglesias y demás uniones confesionales e, incluso, el Consejo General del Poder Judicial respecto a actos normativos que puedan afectar a la independencia de los jueces. En Austria, desde 1975, para leyes que violan derechos de los ciudadanos que las impugnan y en Bélgica, desde 1988, se prevé acción popular. En Europa del Este, en Hungría cualquiera puede interponer

constitucionalidad de la ley no se compagina con la autorización abierta, sin restricciones, para una institución estatal plantear el recurso de inconstitucionalidad, con todas las consecuencias para el ordenamiento jurídico, aun cuando los protagonistas políticos directamente involucrados en la sanción de la ley no estén en desacuerdo cuanto a su vigencia.

### c) Cincuenta Diputados o cincuenta Senadores

El reconocimiento de legitimidad a un número mínimo de parlamentarios para la promoción del recurso directo constituye un importante mecanismo de protección a las minorías, como reconocimiento de la pluralidad social que las Constituciones democráticas protegen. Diversos ordenamientos contienen semejantes reglas, por ejemplo: Alemania, cuyo art. 93.1.2 habilita a un tercio de los miembros del *Bundestag*; Austria, un tercio del Consejo Nacional (*Nationalrat*) y, desde 1988, también del Consejo Federal (*Bundesrat*), así como las minorías de los parlamentos de los *Länder*, siempre que lo reconozcan las distintas Constituciones; en Portugal, el artículo 281.2 f de la Constitución atribuye la legitimación activa para el control abstracto posterior de cualquier norma susceptible de fiscalización a un décimo de los diputados de la Asamblea de la República. Amén de esos, que se refieren al control de constitucionalidad represivo, en Francia, en donde el control es preventivo, también se prevé la posibilidad de impugnación por parte de una décima parte de la Asamblea Nacional y una quinta parte del Senado<sup>308</sup>. También lo prevén: República Checa (cuarenta y un Diputados o Diecisiete Senadores), Ucrania (cuarenta y cinco Diputados), Polonia (treinta Senadores), Turquía y Rumania (cincuenta Diputados o Veinticinco Senadores, en este último incluso para impugnar reglamentos parlamentarios), Eslovenia y Letonia (un tercio), Bosnia-Herzegovina (un cuarto de Diputados y Senadores), Andorra, Eslovaquia, Lituania y Rusia (un quinto de Diputados y Senadores)<sup>309</sup>.

La representación de los legitimados se da por intermedio de un miembro o miembros que designen o por un comisionado nombrado al efecto, de acuerdo con el que prescribe el artículo 82 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y la manifestación de voluntad debe ser específica para el recurso en cuestión, el que equivale decir que no se admite una autorización genérica o inespecífica, dado el riesgo de actuación abusiva que esto conllevaría<sup>310</sup>.

El Tribunal Constitucional ha mantenido una línea de entendimiento bastante extensiva, desde su sentencia 5/1981, en cuanto a legitimación de la minoría parlamentaria sustentada en la “alta calificación política que se infiere de su respectivo cometido constitucional”. En la STC 17/1990, reitera el interés público objetivo en que el Tribunal desarrolle la función de garantizar la supremacía de la Constitución mediante el enjuiciamiento de la ley impugnada, ya que es el orden constitucional y no los intereses privados lo que justifica la legitimación.

---

una acción abstracta de inconstitucionalidad contra una norma jurídica (incluida una ley), y en Eslovenia cualquiera que tenga un interés legítimo (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, ob. cit. pp.95-96).

<sup>307</sup> MONTILLA MARTOS, José A., *Minoría política & tribunal constitucional*, Editorial Trota, Madrid, 2002, pp. 15-16.

<sup>308</sup> MONTILLA MARTOS, José A., *Minoría política & tribunal constitucional*, Editorial Trota, Madrid, 2002, pp. 15-16.

<sup>309</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, ob. cit. p. 94.

<sup>310</sup> El Tribunal ha entendido que la no satisfacción de esos presupuestos implica inexistencia de parte legitimada para sostener la demanda (STC 42/1985, de 15 de marzo, FJ 3).

En la STC 182/2000, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de afrontar el recurso de inconstitucionalidad promovido por 53 Senadores contra una ley de La Rioja, y esta Comunidad sostuvo la falta de interés senatorial para recurrir leyes autonómicas. Dos fueron los fundamentos esgrimidos: el primer porque uno de los firmantes une su condición de Senador a la de Diputado General de la Rioja por el Partido Popular, “doble condición parlamentaria que enerva su legitimación como primer firmante, pues su pertenencia a la Cámara autonómica le vincula a los actos parlamentarios de la misma, es decir, a la propia ley que, no obstante, recurre”. El segundo argumento sostenido es la falta de interés directo en la impugnación por parte de todos los Senadores, pues ninguno de ellos ha participado ni podido hacerlo en el proceso de elaboración y aprobación de la norma autonómica impugnada, que emana de la Diputación General de La Rioja y “afecta exclusivamente al ámbito territorial y competencial riojano, sin referencia alguna a las competencias del Senado que, constitucionalmente, es un órgano legislativo estatal”.

Según se argumentaba, se produciría la desnaturalización de las reglas parlamentarias de aprobación de leyes autonómicas por las correspondientes mayorías si tales leyes, no pudiendo ser cuestionadas por parlamentarios autonómicos, pudieran serlo por las mismas personas en tanto senadores estatales del partido político que quedó en minoría en la Cámara autonómica. A lo que añade el Gobierno de La Rioja que el Estado se aquietó y consintió durante dos ejercicios económicos las mismas normas que ahora se impugnan, no ya por un órgano estatal, sino por un grupo de Senadores del Partido Popular integrantes del mismo, por lo que no cabe dar por zanjada apriorísticamente la cuestión a la vista de la doctrina contenida en las Sentencias 86/1982 y 17/1990.

Sin embargo, el Tribunal rechazó la cuestión procesal a los siguientes fundamentos: “Frente a tales razonamientos de índole material, ya manifestamos en su día que los sujetos “investidos por la Constitución [art. 162.1 a) CE] y por la ley (arts. 32 y 82.1 LOTC) de legitimación para promover procesos constitucionales”, lo están, “no en atención a su interés, sino en virtud a su alta calificación política que se infiere de su respectivo cometido institucional” (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 3), pues “cuando cincuenta Senadores o más deciden formular un recurso de inconstitucionalidad están poniendo de manifiesto la existencia de un interés público objetivo en que el Tribunal Constitucional desarrolle su función de garantizar la supremacía de la Constitución mediante el enjuiciamiento de la ley impugnada” (STC 86/1982, de 23 de diciembre, FJ 2). En conclusión, la legitimación de los Senadores es, simplemente, una opción del constituyente a favor de ciertos órganos o fracciones de órganos públicos que “no podrá ser negada ni, en consecuencia, rehusado el pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión deducida, por inexistencia de un derecho subjetivo o de un interés propio de quien ejerce la acción, sino sólo por inexistencia de la voluntad que se manifiesta” (STC 42/1985, de 15 de marzo, FJ 2)”.

Así, concluyó el Tribunal: “Doctrina ésta en la que no cabe establecer modulación alguna por el hecho de que estemos ante una ley autonómica, pues si bien el art. 162.1 a) CE en relación con el art. 161.1 a) CE hablan genéricamente de leyes, el art. 32.1 LOTC menciona las “disposiciones normativas y actos de las Comunidades Autónomas con fuerza de Ley”, reconociendo la legitimación de cincuenta Senadores para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad”.

Esa línea inflexible en la interpretación del interés jurídico sin hacer correlación con el objeto del recurso, despierta críticas de cierto sector doctrinario. Montilla Martos, “desde una perspectiva de política constitucional”, sostiene que “resulta difícil la justificación de esta legitimación procesal. La actuación del legislador

autonómico no incide en la posición del órgano parlamentario estatal, y cuando afecta al reparto competencial con una norma con rango de ley reacciona el Presidente del Gobierno, pues ese es, justamente, el sentido de su legitimación”. Concluye que “los recursos planteados por cincuenta parlamentarios de las Cortes Generales contra leyes autonómicas denotan una actuación ‘en representación’ de la minoría política autonómica cuya única posibilidad ante la aprobación de una ley autonómica que vulnera el bloque de constitucionalidad es solicitar a la minoría política en las Cortes, o en su caso al Presidente del Gobierno o al Defensor del Pueblo, en este caso sin vinculación política, que interponga el recurso de inconstitucionalidad”. Para el autor, eso supone “una desnaturalización del proceso de control pues significa atribuir al Tribunal Constitucional no sólo el examen de las relaciones intra-estatales de delimitación de competencias (Presidente del Gobierno-ley autonómica) sino también unas relaciones orgánicas sin otra motivación que la estrictamente política”<sup>311</sup>.

Parécenos que, si el fundamento teórico-constitucional de la legitimidad atribuida a la minoría parlamentaria radica precisamente en defensa del pluralismo político frente a la opresión y tiranía de las mayorías parlamentarias que, basadas exclusivamente en supremacía numérica, pueden aprobar leyes y actos normativos con fuerza de ley lesivas a la Constitución y, pues, a la sociedad, presupuesto lógico es que el ejercicio de este recurso ante el Tribunal Constitucional esté al servicio de la defensa de la posición parlamentaria de la minoría, a causa de la aprobación de una ley o de un acto con fuerza o rango de ley que considere inconstitucional.

Ello no quiere significar de forma alguna que la legitimidad de las minorías asienta en intereses subjetivos; todo lo contrario, el que se cuida es de ajustar la iniciativa de poner en marcha el recurso constitucional por quien posea título conforme a su cometido constitucional. El interés jurídico para recurrir es siempre presumido por la Constitución en relación a los órganos públicos en razón de la naturaleza de sus funciones; y como es cierto, si los parlamentarios estatales no poseen funciones institucionales en el ámbito de las Comunidades Autónomas, no tienen título adecuado para el cometido de recurrir leyes autonómicas debatidas y votadas en ámbito político-institucional donde no actuaron y que, por ello mismo, en nada les afecta<sup>312</sup>.

Por supuesto que el interés público objetivo<sup>313</sup> en la defensa de la Constitución, que es la finalidad del recurso de inconstitucionalidad, supera cualquier indagación sobre el interés subjetivo de los demandantes<sup>314</sup>. Pero no es del interés subjetivo de lo que se

---

<sup>311</sup> MONTILLA MARTOS, José A., *Minoría política & tribunal constitucional*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 63-64

<sup>312</sup> En el Brasil no hay una protección específica a las minorías parlamentarias, pero la Constitución atribuye legitimidad para el control abstracto de constitucionalidad a los partidos políticos que tengan representación en el Congreso Nacional y pueden recurrir cualquier ley o acto normativo, federal o estadual, ya que poseen representación institucional del electorado nacional, cosa que no se puede predicar de un grupo o fracción de parlamentarios.

<sup>313</sup> Pablo PÉREZ TREMPs muestra la tendencia a relativizar la noción del interés objetivo en la defensa de la regularidad del ordenamiento jurídico; “la aplicación de la Constitución supera el marco de lo objetivo para convertirse en exigencia de todo sujeto público o privado en sus relaciones jurídicas de acuerdo con sus intereses”, “sería ingenuo pensar que se plantean como simples vías para garantizar la norma fundamental y que los intereses de las partes, por más que sean siempre de naturaleza pública, carecen de valor alguno. El juego de los intereses políticos es, sin duda, de gran importancia e ignorarlo supone caer en un formalismo excesivamente aséptico.” (*Tribunal constitucional y poder judicial*, CEC, Madrid, 1985, p. 10).

<sup>314</sup> De ahí que es indiferente que el parlamentario hubiese votado a favor de la ley recurrida (STC 27/1981), o que, con posterioridad a la interposición del recurso quiera apartarse del mismo (ATC 874/1985) o, incluso, que pierdan su condición de parlamentario (STC 86/1982), pues en todos estos supuestos sí, el que estaría en

trata, pero sí la adecuación de la pretensión de los recurrentes en conexión con sus cometidos constitucionales, que afecta a la legitimidad.

En otras palabras, lo que debe indagarse es si el derecho de recurrir está siendo, o no, ejercido materialmente en conformidad con la Constitución. Y en el caso concreto, la finalidad constitucional claramente no es la de permitir una actuación formal y artificial de parlamentarios estatales tomados de préstamo por la minoría de una Comunidad Autónoma, conclusión que queda bastante clara cuando la legitimidad es concebida en la perspectiva de la competencia. Si, por tanto, la actuación es contraria a la función de este tipo de acción, no hay “interés público objetivo” que la justifique<sup>315</sup>.

En conclusión, a nuestro juicio, aceptar como legítimo este tipo de actuación, olvidando el sentido propio de la acción, conllevaría una excesiva e innecesaria politización del Tribunal, desbordando el mecanismo propio de solución de litigios entre el Estado y las Comunidades Autónomas ya contemplado en el ordenamiento, mediante cauce procesal distinto y complejo<sup>316</sup>, contribuyendo para la conversión del Tribunal Constitucional en una especie de instancia de casación materialmente difusa a favor de todas las minorías del Estado, dejando abierta la puerta a actuaciones maliciosas o fraudulentas<sup>317</sup>.

#### **d) Los órganos ejecutivos y legislativos de las Comunidades Autónomas**

El artículo 32.2 de la LOTC, prescribe que “para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad contra las leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía, están también legitimados los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto”.

---

causa serían intereses político-partidario o solo formales, todos secundarios y no materiales, que es la perspectiva que defendemos.

<sup>315</sup> Se podría añadir: la minoría representa los titulares del poder político de todo el Estado y, pese a la libertad del mandato parlamentario de que gozan (no imperativo), la impugnación de una ley regional politiza las disputas entre colectividades, pudiendo representar una grave infidelidad al elector nacional, a quien no puede interesar una actuación parlamentaria que contribuya para fomentar tales disputas políticas.

<sup>316</sup> La LO 1/2000, que ha introducido en el Art. 33 de la LOTC los apartados 2 y 3, crea un procedimiento político-administrativo preliminar cuando sea el caso de recurso de inconstitucionalidad en que haya conflictos entre el Gobierno y los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas, con la finalidad de evitar la interposición del recurso. Este parece un argumento jurídico más en el sentido de que el legislador ha querido evitar la judicialización de las disputas políticas, lo que pone de manifiesto la discrepancia de la STC 180/2000.

<sup>317</sup> En voto particular, en la referida STC 180/2000, el Magistrado JIMÉNEZ DE PARGA entiende que los Senadores autonómicos no están habilitados para impugnar las leyes de la Asamblea de su propia Comunidad, pues ellos son singulares tanto en el modo de ser designados como por la duración de sus mandatos y están en el Senado por representación de la Comunidad Autónoma. Por ello, en cuanto representantes del territorio están vinculados por las decisiones del órgano parlamentario territorial hayan votado a favor o en contra de esa ley. La suscripción del recurso contra una ley autonómica por un Senador que representa a esta Comunidad supone un fraude constitucional en cuanto: a) infravalora o menosprecia el que la ley que impugna sea fruto de la voluntad general de la Comunidad que el representa; b) supera con astucia la falta de legitimación, en cuanto parlamentario autonómico, para recurrir las leyes de su Comunidad; c) falta a la lealtad que debe a la Asamblea que lo designó, confiriéndolo la representación de la Comunidad Autónoma en el Senado. En el Brasil, el STF exige, en relación a Gobernador de Estado y Asambleas Legislativas, confederación sindical, entidad de clase de ámbito nacional, *relación de pertinencia temática* para la interposición de la acción directa de inconstitucionalidad. Es decir, debe haber pertinencia de la norma impugnada con los objetivos del autor (Vg. ADI 305, RTJ 153/428; ADI 1.151, DJU 19.5.95; ADI 1.096 (LEX-JSTF, 211/54); ADI 1.519, j. 6.11.96; ADI 1.464, DJ 13.12.96).

Tal legitimación, conforme se desprende del dispositivo legal, permite afrontar solamente las normas emanadas del Estado. Pero, además, la ley orgánica hace especificación a lo supuesto de que las normas deban afectar al ámbito de autonomía de la Comunidad Autónoma de que se trate. De estas dos condiciones resultan importantes consecuencias.

De la primera resulta que una ley de una Comunidad Autónoma que invada la esfera de competencias de otra no es susceptible de impugnación directa, por parte de esta, ante el Tribunal Constitucional. En tales casos, conforme sostiene Francisco Camaño Domínguez, “como remedio puramente pragmático, habrá que esperar un acto de aplicación de la ley para promover el correspondiente conflicto de competencias y con ocasión del dicho acto cuestionar la constitucionalidad de la ley *ex* artículo 67 LOTC”<sup>318</sup>. Es cierto, también, que “una Ley autonómica contraria al Estatuto de Autonomía de la propia Comunidad Autónoma que la aprobó nunca podrá ser atacada en su inconstitucionalidad por la minoría parlamentaria existente en la Cámara autonómica o por instituciones intracomunitarias...”<sup>319</sup>

De la segunda exigencia que hace la ley orgánica, esto es, que la norma emanada del Estado deba afectar al ámbito de autonomía de la Comunidad requeriente, se ha aplicado una interpretación restrictiva. Conforme apuntan De Esteban y González-Trevijano “se suprimía la legitimación de estos órganos para recurrir las leyes que no afectasen directamente a su ámbito territorial. Semejante restricción la confirmó el Tribunal Constitucional en la STC 25/1981 al no considerar legitimado al Parlamento vasco para recurrir por presunta infracción de la Constitución, la Ley Orgánica 11/1980 sobre materia de terrorismo, que poseía alcance general. Al opinar así, el Tribunal no tenía en cuenta que, como señala Javier Corchera, “los órganos actúan como abogados de la Constitución y en interés de ésta, lo que exime a los sujetos legitimados de la invocación de un interés propio”<sup>320</sup>.

El Tribunal Constitucional, con todo, en posteriores sentencias ha corregido este entendimiento dejando asentado: “En definitiva, la Comunidad Autónoma que recurre contra una ley del Estado está legitimada para actuar no sólo en defensa de su propia competencia en la materia, sino también para depuración objetiva del orden jurídico que regula, en la medida en que el ejercicio o despliegue de las funciones que le correspondan pueda verse afectado –como textualmente dispone el art. 32.2 de la LOTC- por la norma recurrida (STC 199/1987, F.1). Y: “El haz de competencias de las Comunidades Autónomas, plasmación positiva de su propio ámbito de autonomía es, simplemente, el lugar donde ha de situarse el punto de conexión entre el interés de la Comunidad y la acción que se intenta, pero el objetivo que éste persigue, la conexión a que da lugar no es la preservación o delimitación del propio ámbito competencial, sino la depuración objetiva del ordenamiento mediante la invalidación de la norma inconstitucional” (STC 26/1987, F.1).

La pretensión de los referidos órganos autonómicos al poner en marcha el procedimiento del recurso de inconstitucionalidad es, en su gran mayoría, la de dirimir una controversia competencial en la que la titularidad se apoya en un precepto legal del Estado. La sustanciación del problema por la forma del recurso es una exigencia del artículo 67 LOTC que tiene en cuenta el rango del precepto impugnado, con el que opera una

---

<sup>318</sup> Ob. cit. p. 27.

<sup>319</sup> Ídem, p. 28.

<sup>320</sup> DE ESTEBAN, Jorge de y GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro J., ob. cit. p. 227.



separación entre los distintos cauces: conflictos de competencia puros y recurso de inconstitucionalidad.

No es infrecuente, sin embargo, que referidos órganos autonómicos actúen ante el Tribunal Constitucional no en defensa del ámbito competencial, sino en función de intereses político-partidarios, ejerciendo una forma de oposición, en sede jurisdiccional, a la actuación legislativa de la mayoría gubernamental del Estado, a veces incluso en representación de la minoría política estatal con la que sintoniza.

Al remitir al cauce procedimental del recurso de inconstitucionalidad conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la ley orgánica ha supuesto una *doble funcionalidad del recurso de inconstitucionalidad*, ya que dentro de un mismo procedimiento conviven un recurso de inconstitucionalidad en sentido estricto y un recurso de inconstitucionalidad al servicio del orden constitucional de distribución de competencias que, a diferencia del primero, no siempre culmina con una declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley impugnada<sup>321</sup>.

Así que la atribución de legitimidad a los órganos ejecutivos y legislativos de las Comunidades Autónomas para el recurso de inconstitucionalidad les permite cuestionar la constitucionalidad de cualquier *ley, disposiciones o actos con fuerza de ley estatales*, con el fin de obtener la nulidad de la norma sin más. Pero, además de ello, referidos órganos tienen legitimidad para interponer el recurso de inconstitucionalidad siempre que una *ley o norma con rango de ley*, ella misma, haya atribuido la competencia sobre la que se controvierte<sup>322</sup>.

Por fin, importa referir, aunque someramente, que de la articulación del sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades como un modelo abierto y asimétrico, en el cual no todas las Comunidades Autónomas tienen un mismo nivel de competencias, surge la posibilidad de que una ley estatal vulnere la competencia de unas y no de otras y, así, delante de una impugnación en recurso de inconstitucionalidad, el reconocimiento de la inconstitucionalidad de la ley estatal y su correspondiente nulidad llevaría a perjuicio en la funcionalidad del sistema de reparto de competencias. En tales casos, la sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional, reconociendo la titularidad de la competencia legislativa de la Comunidad demandante, declara la inconstitucionalidad pero sin la declaración de nulidad de la ley del Estado, sino la pérdida de su vigencia territorial en el ámbito de aquella (SSTC 133/1990 y 100/1991).

En tanto ésta técnica del reconocimiento de la titularidad competencial autonómica no lleva aparejada la expulsión del ordenamiento de la norma legal (Vg. STC 195/1998), aparte de optimizar la defensa del sistema de reparto competencial, desprovee las consecuencias políticas que se derivaría de la nulidad de la norma y, por supuesto, disuade acciones temerarias. Sin embargo, una nueva línea jurisprudencial se advierte en las SSTC 118/1996 y 61/1997, conforme a la cual procede apreciar la inconstitucionalidad y nulidad de las leyes estatales que afecten a competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas y califiquen como normas de aplicación supletoria a disposiciones legales que no merecen esa calificación con arreglo al bloque de la constitucionalidad<sup>323</sup>.

---

<sup>321</sup> , ob. cit. p. 23.

<sup>322</sup> Francisco CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, al señalar esa doble funcionalidad del recurso de inconstitucionalidad, afirma que la reforma de la LOTC llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2000, de 7 de enero, ha venido a confirmar esta dualidad instrumental (op. cit. p. 23).

<sup>323</sup> Cfr. , ob. cit. p. 43.

### e) La ausencia del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal no figura de entre los legitimados al recurso.

Según el artículo 47.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional “El Ministerio Fiscal intervendrá en todos los procesos de amparo, en defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley”. A esa referencia genérica a los procesos de amparo, la Ley 50/1981, que regula el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, desarrolla esa competencia en el artículo 3, apartado 12 al prescribir, de entre otras funciones, la de “interponer el recurso de amparo constitucional, así como intervenir en los procesos de que conoce el Tribunal Constitucional en defensa de la legalidad, en la forma en que las leyes establezcan”<sup>324</sup>.

Su misión es “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como de velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”.

Pero, la actuación del Ministerio Fiscal junto al Tribunal y a los demás órganos jurisdiccionales se rige por los principios de la unidad y de jerarquía que le confieren un perfil de dependencia del Ejecutivo, tal como enuncian expresamente, entre otros, los artículos 22, 25 y 26 de su Estatuto Orgánico<sup>325</sup>.

Esta situación de dependencia cobra más sentido respecto al Fiscal General del Estado – que incluso no necesita pertenecer a la carrera institucional-, cargo que, además, no es provisto de mandato o investidura a plazo cierto, factor de protección a la independencia funcional, con lo que, queda permanentemente expuesto a riesgo de presión y dimisión ya que, en los términos del artículo 29 de la Ley 50/1981, “El Fiscal General del Estado será nombrado y cesado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído previamente el Consejo General del Poder Judicial, eligiéndolo entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión”<sup>326</sup>.

---

<sup>324</sup> El estatuto crea una Fiscalía específica para la actuación ante el Tribunal (Art. 12.1), bajo la dirección del Fiscal General del Estado, compuesta por un Fiscal de Sala e integrada por un Teniente Fiscal y por los fiscales que determine la plantilla (Art. 18.1). Referida plantilla, de acuerdo con el Real Decreto 2898/1982, de 29 de diciembre, está integrada por un Fiscal de categoría primera, es decir, los que el estatuto denomina como Fiscales de Sala, para Jefatura, y tres de la segunda, uno de los cuales desempeñará la Tenencia, categoría a que precisan pertenecer los demás integrantes de la Fiscalía, según el Art. 35, LO 50/1981.

<sup>325</sup> Los dispositivos rezan: “artículo 22. 1. El Ministerio Fiscal es único para todo el Estado. 2. El Fiscal General del Estado ostenta la jefatura superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo el territorio español. A él corresponde impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la institución y, en general, la dirección e inspección del Ministerio Fiscal. 3. El Fiscal Jefe de cada órgano ejercerá la dirección de éste y actuará siempre en representación del Ministerio Fiscal bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General del Estado. 4. Corresponde al Fiscal Jefe la dirección y jefatura de la Fiscalía respectiva; al Teniente Fiscal, sustituir al jefe cuando reglamentariamente proceda y ejercer, junto con los fiscales y por delegación de aquél, las funciones propias de la Fiscalía”. (...). “Artículo 25. “El Fiscal General del Estado podrá impartir a sus subordinados las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos. (...). “Artículo 26. El Fiscal General del Estado podrá llamar a su presencia a cualquier miembro del Ministerio Fiscal para recibir directamente sus informes y darle las instrucciones que estime oportunas, trasladando, en este caso, dichas instrucciones al Fiscal Jefe respectivo. El Fiscal General del Estado podrá designar a cualquiera de los miembros del Ministerio Fiscal para que actúe en un asunto determinado, ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales en que el Ministerio Fiscal está legitimado para intervenir, oído el Consejo Fiscal. Las mismas facultades tendrán los Fiscales Jefes respecto de los funcionarios que les están subordinados, oída la Junta de Fiscalía.

<sup>326</sup> A propósito, suponiendo que hubiese un gran acuerdo político en el sentido de legalizar un partido político proscrito o cancelar una sentencia del Tribunal Constitucional, sin que la ley que lo hiciese afectase a un

Ahora bien, frente a insuficiencia de garantías constitucionales y de subordinación política de esta institución resulta evidente la inadecuación de planteamiento teórico tendiente a justificar su legitimidad activa para el control de constitucionalidad, aunque el contenido material de sus atribuciones funcionales le acerquen mucho a la de un cualificado fiscal de la constitucionalidad de la ley.

Pero, que sea así del punto de vista del derecho vigente no sigue que, del punto de vista teórico no podría ser de otro modo si tal formulación resultara mayor funcionalidad para el control de constitucionalidad.

Quizá la resistencia a la idea de dar legitimidad al Ministerio Fiscal para recurrir se deba precisamente a la concepción restricta de su rol y falta de independencia funcional en el plan jurídico para cumplir mejor los cometidos que le imponen el ordenamiento jurídico en la actualidad.

Pero, dando por sentadas las condiciones necesarias a que el Ministerio Fiscal se posicione institucionalmente como un órgano de la sociedad, independiente del poder gubernamental, no podría haber razones teóricas suficientes como para no aceptarlo legítimo actor en el proceso de control abstracto de constitucionalidad de las leyes<sup>327</sup>.

Frente a la objeción según la cual la naturaleza política del recurso de inconstitucionalidad desaconsejaría involucrar en este tipo de proceso instituciones no políticas, habría que ponderar sobre el real alcance asignado a la función de control de constitucionalidad de las leyes. Mirando a la jurisdicción constitucional, en su alta función de defensa del orden constitucional integral, parece cierto que el control de constitucionalidad de la ley no se ejerce para defensa misma del producto del legislador, pero al revés, el mecanismo de control incide para la protección de la supremacía constitucional, cuya finalidad trascendente no se alcanza si referidos agentes políticos tuvieran, en exclusiva, el poder de decidir someter, o no, la ley a la fiscalización del Tribunal<sup>328</sup>.

A menudo son los intereses constitucionales que suelen fundamentar la legitimación de órganos e instituciones que pueden instar referido control en la búsqueda del equilibrio necesario entre las diversas fuerzas políticas, económicas y sociales en la sociedad plural de las democracias vigentes, con el que suele impedirse el predominio de unos sobre otros<sup>329</sup>.

---

derecho subjetivo concreto, parece lógico que, tal como configurada hoy la legitimación activa para el recurso de inconstitucionalidad, la lesión al orden jurídico-democrático sería inevitable y difícilmente reparable por la vía de la cuestión dadas sus limitaciones legales.

<sup>327</sup> El interés público y social tutelado por la ley, cuya acción el Ministerio Fiscal cumple promocionar, sólo se puede predicar de leyes que debe aplicar y si la prueba de validez definitiva de la ley es la que tiene lugar precisamente en el momento en que el Tribunal Constitucional realiza el control de constitucionalidad de las leyes, con posibilidad de impacto inmediato en todo ordenamiento jurídico, es concluyente el interés público objetivo en la legitimación de esta institución de justicia que, por supuesto, sólo puede actuar en plena conformidad con el Estado de Derecho.

<sup>328</sup> Teniendo en cuenta que la ley, como objeto del control, es producto de acuerdos políticos, teóricamente los órganos políticos son los más adecuados para impulsar el recurso de inconstitucionalidad con la finalidad de solucionar el conflicto político subyacente. Pero supera a cualquier consideración de orden político-partidario o gubernamental, el interés objetivo de defensa jurídica de la Constitución, el que obliga a una legitimación exterior al poder político, hacia a la sociedad.

<sup>329</sup> La pertenencia, dependencia o hasta la simple influencia de los poderes políticos sobre los órganos públicos legitimados, a nuestro juicio – y de acuerdo con el postulado del método jurídico que aquí se quiere seguir- puede significar un *déficit* importante para el control abstracto, dada la circunstancia de que el monopolio de la acción por actores político-gubernamentales, agravado por la restricción que el principio de

El fin de garantizar la defensa objetiva de la Constitución, el interés público y el bien general y no intereses partidistas, conforme la acepción del carácter objetivo del proceso, tantas veces proclamada por el Tribunal, son expresiones claves a través de las que se ejerce la función de control jurídico de todos los poderes, especialmente, de los poderes políticos. El sentido de ese ideal de procederse una correcta separación entre los sistemas político y jurisdiccional, que no ignore la naturaleza política del fenómeno del control -antes lo presupone-, pero que operan con códigos distintos, no es otro que imprimir seguridad jurídica en la actividad de control de constitucionalidad, un ideal que, por supuesto, no impide algún grado de inseguridad, a veces inevitable en los sinuosos y difusos caminos de la interpretación constitucional.

Sentadas esas premisas y consideraciones generales, nos parece que la apertura de legitimidad a instancias ajenas o independientes del aparato de gobierno y dotadas de las garantías de funcionamiento autónomo del sistema político en sentido estricto, sólo podría contribuir para el incremento de objetivación del proceso de control y de seguridad jurídica, objetivo que todavía no alcanza la legitimación a las minorías parlamentarias, cuya actuación es presidida por criterios políticos en defensa de intereses partidarios, no basados en exigencias de naturaleza técnico-jurídica<sup>330</sup>.

En este sentido, la ausencia del Ministerio Fiscal en el rol de los legitimados activos - opción obviamente legítima del constituyente- se nos presenta como una laguna sensible si pensamos en él como una institución técnica y profesional, que había de estar comprometida exclusivamente con la promoción de los intereses generales que se traduce, en último término, en el respecto al ordenamiento jurídico-constitucional.

Al respecto, en otros países, especialmente en donde no existe la figura del Defensor del Pueblo, de tal función es encargado el Fiscal General del Estado, como jefe del Ministerio Público<sup>331</sup>, ampliamente legitimado a recurrir cualquier ley o acto normativo con fuerza de ley contraria a norma constitucional, y no sólo a las que conciernen a derechos fundamentales, y lo hace con frecuencia en contra de los intereses gubernamentales.

#### **f) La no intervención de terceros interesados o coadyuvantes**

---

la demanda impone al Tribunal Constitucional, reduce la iniciativa de control jurisdiccional de las leyes a una decisión simplemente consensual basada en criterios de conveniencia u oportunidad.

<sup>330</sup> La claridad con que lo expresa MONTILLA MARTOS es notable: “sin embargo, cuando el derecho a la demanda de la minoría política convierte al recurso de inconstitucionalidad en un instrumento eficaz para controlar la conformidad constitucional de la actuación de la mayoría parlamentaria-gubernamental al aprobar la ley, la formalizada dimensión objetiva no explica cabalmente el sentido del proceso. Resulta ficticio mantener la inexistencia de componentes político-subjetivos en este procedimiento cuando ha sido impulsado por actores políticos en el marco de un conflicto de esta naturaleza puesto que el interés político no puede ser completamente reducido a la dimensión objetiva. (ob.cit. p.27).

<sup>331</sup> Portugal legitima el Procurador General de la República, así como Brasil; también en Hungría, Eslovaquia y Polonia, el Fiscal General es legitimado para el recurso o acción de control abstracto (Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, ob. cit. p. 95). En lo que se refiere al ordenamiento brasileño, debe apuntarse que las funciones del Defensor del Pueblo son ejercidas por el Ministerio Público, institución constitucional independiente, con todas las garantías de la Magistratura; dada la organización político-administrativa de federación, hay un Ministerio Público en cada Estado de la federación y un Ministerio Público de la Unión, cuyo jefe es el Procurador General de la República, quien promueve la gran mayoría de las acciones directas de inconstitucionalidad ante el “Tribunal Constitucional” (STF), a pesar de la amplia legitimación también atribuida por la Constitución a diversos actores políticos, incluso partidos, y confederaciones sindicales. En los estados esta función es ejercida por el jefe del Ministerio Público estadual, el Procurador General de Justicia ante el Tribunal de Justicia local.

Una de las características del proceso objetivo de control de constitucionalidad abstracto de las leyes es la no admisión de terceros interesados como una consecuencia de la inexistencia de ‘partes procesales’ en el sentido subjetivo conforme la teoría general del proceso. La legitimación no se establece en términos abstractos sino que se faculta a un actor concreto en relación a un tipo de acción, referida a una clase de normas.

A consecuencia de esta naturaleza objetiva del proceso, el Tribunal Constitucional ha mantenido una posición restrictiva respecto a la posibilidad de hacerse valer derechos subjetivos o intereses legítimos (ATC 132/1983), rechazando la colaboración tanto en el recurso de inconstitucionalidad como en la cuestión de inconstitucionalidad, diferenciándolos así del conflicto de competencias y del recurso de amparo, en los cuales admite tal facultad<sup>332</sup>.

La negativa en aceptar la figura del coadyuvante se ha sustentado en la interpretación conjunta de los artículos 32 y 34 LOTC, el primero al indicar de manera tajante los legitimados y el segundo al indicar los órganos a los que debe darse traslado de la demanda a fin de que puedan personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que entiendan oportunas (ATC 387/1982). No aludiéndose a otras personas que “ostenten un interés legítimo”, como ocurre en el recurso de amparo (art. 47 LOTC) no sería posible admitir como parte aquellos cuyos intereses están protegidos por el ordenamiento jurídico a través de los actos de aplicación (ATC 33/1986).

Por ello, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de señalar, incluso “...que esa legitimación no podrá ser negada, ni en consecuencia rehusado el procedimiento sobre el fondo de la pretensión deducida, por inexistencia de un derecho subjetivo o de un interés propio de quién ejerce la actuación...” (STC 42/1985, de 15 de marzo, FJ 2)”. Afirmó, además, que “el resultado de la conexión específica de la legitimación activa con su investidura a unos órganos concretos tiene como consecuencia la imposibilidad de intervención adherida ‘de terceros que no hayan sido recurrentes y que no hayan ejercido la acción dentro del plazo establecido específicamente para ello’ (Auto 188/1985, de 15 de enero); no hay ningún obstáculo para comprender que estos terceros que no recurrieron en plazo son órganos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad, que no habiéndolo hecho en su momento, han perdido toda posibilidad de oponerse a la norma en cuestión”<sup>333</sup>.

En los AATC 18/1985 y 33/1986, entre otros, el Tribunal, siguiendo aquella línea de interpretación estricta de la Ley Orgánica ha denegado en distintas ocasiones solicitudes de comparecencia al proceso como coadyuvantes. Sin embargo, posteriormente corrigió la errónea calificación antes hecha en el AATC 18/1985 como de “intervención adhesiva de terceros” y admitió, en el ATC 172/1995, la personación como codemandadas de las Comunidades Autónomas, permitiéndoseles comparecer como parte en el proceso y coadyuvar en defensa de una ley estatal recurrida, señalando, con propiedad que si, de acuerdo con “la Constitución y la LOTC las Comunidades Autónomas detienen legitimidad activa como partes principales, es forzoso convenir en que la misma legitimación se les ha de reconocer para personarse como partes secundarias o

---

<sup>332</sup> Art. 47 y 46.2 LOTC (ATC 284/1993). Respecto al conflicto de competencias señala el TC que aunque no se ha previsto en la regulación por la LOTC, “la intervención de coadyuvantes puede admitirse en estos procesos siempre que la correspondiente sentencia que ponga término a los mismos, de acuerdo con el dispuesto en el artículo 66, además de pronunciarse sobre la titularidad de la competencia tenga que decidir sobre actos y situaciones de hecho o de derecho creados por el acto determinante del conflicto en los que existan intereses concretos y directos de terceras personas” (ATC 173/1986).

<sup>333</sup> GARCÍA MARTÍNEZ, M. Asunción, *El recurso de inconstitucionalidad*, Trivium, Madrid, 1992, p. 150.

subordinadas, en punto a coadyuvar en la defensa de la constitucionalidad de la norma cuando el recurso planteado contra ella tenga carácter competencial”<sup>334</sup>.

Si respecto a órganos legitimados el Tribunal ha admitido excepciones, en relación a grupos de personas o ciudadanos ha rechazado diversas solicitudes de intervención como coadyuvantes (AATC 252/1996 y 378/1996). Para el Tribunal no existe correlato entre la garantía constitucional de los derechos y la legitimación para interponer el recurso, esto es, que la legitimación ha sido una opción del constituyente que no tiene correspondencia con la titularidad de derechos o interés por parte de los legitimados. Sin embargo, identificadas legitimación y acción, nada impide expresamente la intervención de los sujetos en la articulación posterior del proceso.

Ahora bien, la cuestión está en saber si, no existiendo referida correspondencia entre titularidad de derecho y legitimación, ***el tercero, persona física o jurídica, directamente afectado en sus derechos*** por la ley recurrida podría personarse en el proceso como ***coadyuvante***.

Con propiedad, Montilla Martos ha señalado que la LOTC no impide esta posibilidad, simplemente no la menciona, como en el caso del recurso de amparo. Y, en este punto, es trascendente y paradigmática la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 23 de junio de 1993, que condena el Estado español en el caso Rumasa por no haber dado audiencia al afectado en un procedimiento de declaración de inconstitucionalidad de una ley singular, resolución que contradice el argumento principal utilizado por el Tribunal Constitucional para denegar la intervención como coadyuvantes de los directamente afectados por la ley enjuiciada, es decir, el de “que sus derechos están protegidos por el ordenamiento a través de otros medios” (ATC 253/1998).

La especificidad del conocido caso Rumasa, en el cual se trataba de una cuestión de inconstitucionalidad sobre una ley estatal singular o de “caso único”, ha sido el factor de justificación por el Tribunal para no admitir la intervención de terceros en diversas resoluciones posteriores; en el supuesto del ATC 253/1998 por entender que la norma en cuestión tenía una estructura general<sup>335</sup>; y en el supuesto del ATC 216/1999, el Tribunal había llegado a imponer dos condiciones para la aplicación de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, según el referido autor, la restringirían hasta el punto de falsearla: la primera, la exigencia de que sólo sería aplicable a los procedimientos de control concreto de la constitucionalidad de la ley, cuando la jurisprudencia europea no se refiere en ningún caso a procesos específicos; y la segunda condición, la que exige que la norma legal tenga por destinatario único y exclusivo al solicitante de personación, situación no idéntica, adviértase el matiz, a la de ser uno de los destinatarios de una ley singular, que puede afectar a otros sujetos, aunque delimitados. Sólo el destinatario de una ley individual podría personarse en el procedimiento<sup>336</sup>.

---

<sup>334</sup> Cfr. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Macgrawhill, Madrid, 2000, p. 28.

<sup>335</sup> En esa resolución se rechaza la intervención como coadyuvante de la Universidad de Elche cuando la norma impugnada en el recurso de inconstitucionalidad planteado por la minoría parlamentaria es la Disposición Transitoria cuarta de la Ley 2/1996 de la Generalidad valenciana cuyo objeto es, como su nombre indica, la creación de esa Universidad. Nos encontramos sin duda ante una ley singular cuya impugnación constitucional afecta manifiestamente a esta Universidad. (Cfr. MONTILLA MARTOS, José A., ob. cit. pp.50-51 nota 29).

<sup>336</sup> En el supuesto del ATC 216/1999, en que la ley impugnada en recurso era la 50/1998, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, ley de acompañamiento a los presupuestos, conforme MONTILLA MARTOS, el Art. 107, que prevé el pago a las empresas eléctricas de los costes de transición a la competencia en el mercado de la electricidad tiene destinatarios definidos, aunque indirectamente afecte a

En nuestra opinión, siguiendo perspectiva anti-formalista del Tribunal Constitucional, no parecen justificadas las razones por él presentadas para no admitir la intervención de terceros afectados directamente en un interés legítimo, definido por el propio Tribunal como el interés identificable con cualquier beneficio, ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (STC 62/2000, entre otras) que constituye un interés en sentido propio, cualificado y específico (STC 53/1998, entre otras), en procedimientos de declaración de inconstitucionalidad de normas, si no hubiese otros argumentos –como los expuestos por Montilla Martos– por la sencilla razón de que los efectos de cosa juzgada de la sentencia de inconstitucionalidad afectan directamente sus intereses legítimos, razón por la cual la aplicación del artículo 24 CE induce a aceptar esa intervención, para que los afectados puedan, con plena igualdad de armas con respecto a las demás partes procesales alegar libremente lo que a su derecho hubiera convenido en este procedimiento (votos particulares AATC 143/1998 y 253/1998)<sup>337</sup>.

Ahora, tras la Ley Orgánica 6/2007, de 24 mayo de 2007, que ha modificado la Ley Orgánica 2/79 del Tribunal Constitucional, se admite expresamente la posibilidad de intervención de interesados ante el Tribunal Constitucionales en los procesos de control de constitucionalidad. El nuevo apartado 2 del artículo 37 dispone: «2. Publicada en el “Boletín Oficial del Estado” la admisión a trámite de la *cuestión de inconstitucionalidad*, quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros 15 días.» (subrayado nuestro).

Según su exposición de motivos, la medida visa permitir la contradicción en este procedimiento de control de constitucionalidad, siguiendo en esto las directrices contenidas en la Sentencia de 23 de junio de 1993, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

La ley es bien clara cuando solo admite la intervención de terceros interesados en el procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad, justificándose precisamente en el hecho de que ellos figuran en el proceso judicial. Su intervención en el proceso de control abstracto de constitucionalidad de la norma, que se constituyó tras la admisión a trámite de la cuestión en el Tribunal Constitucional, es corolario de su interés procesal concreto en la demanda principal de que originó la cuestión incidental.

Es cierto, también, que en los procesos de control abstracto de constitucionalidad, en los que no hay propiamente partes, en el sentido de la teoría procesal, tampoco se debería hablar de “terceros interesados”, categoría propia del proceso civil donde hay interés subjetivo y concreto, cosa que, en teoría, no ocurre en proceso de naturaleza objetiva donde el interés es la defensa de la Constitución, interés general, de todos, y promovidos por órganos públicos muy calificados.

Todo ello, sin embargo, no puede ocultar el hecho real de que una ley que tuvo vigencia por largos años, permitiendo la producción de innumerables relaciones jurídicas, a veces trascendentes para toda la sociedad, afectando a sectores vitales, como a la salud, la educación, la seguridad, el transporte etc., en caso de que venga ser declarada inconstitucional puede generar *alta inestabilidad y inseguridad jurídica*, afectando un sin número de relaciones jurídicas pactadas al abrigo de la norma hasta entonces constitucional, pudiendo conculcar intereses jurídicos de una parte importante del

---

todos los ciudadanos a cuyo cargo se han satisfecho las compensaciones a la empresas eléctricas. Por ello la personación de la Federación Empresarial de las Industrias Eléctricas en el recurso planteado por las minorías parlamentarias estaría justificada. (Ob. cit. p. 52, nota 31).

<sup>337</sup> Ídem, p. 52.

ordenamiento jurídico, sin que los afectados pudiesen lograr pronta y eficaz protección por otros mecanismos jurídicos. Incluso derechos fundamentales, que en los términos constitucionales son dignos de protección cualificada y requieren tutela del mismo Tribunal Constitucional.

Parece útil pensar que, en supuestos así, de *lege ferenda* podría extenderse a ciertos órganos o instituciones de la sociedad civil la facultad de personarse ante el Tribunal Constitucional y hacer alegaciones, por lo menos en la condición de *amicis curiae*, a fin de que sean tomados en cuenta sus legítimos puntos de vista, con lo que si garantizaría un mínimo de **contradicción social** al proceso, les permitiendo aportar importantes conocimientos específicos, técnicos o científicos sobre asuntos muy relevantes<sup>338</sup>, el que contribuiría para evitar errores de percepción o evaluación sobre cuestiones que escapan ordinariamente a los juristas y pueden conducir a severos retrocesos políticos y sociales dada la irreparabilidad de las decisiones de un Tribunal Constitucional<sup>339</sup>.

No parece, además, razonable considerar que la simple presencia de terceros interesados en el proceso de control abstracto pudiera desvirtuar la naturaleza objetiva del proceso. La noción de objetividad no implica negar los múltiples intereses constitucionales en una sociedad plural y a veces contradictoria, cuya tarea de armonización y equilibrio haz parte también del cometido del Tribunal Constitucional.

En todo caso el Tribunal habría de tener instrumentos para evaluar el interés legítimo de los intervinientes y, si fuera el caso, impedir cualquier actuación tumultuaria o ilegítima. Y es bastante evidente que en caso de que la ley recurrida fuera de carácter singular y pudiera afectar a derechos fundamentales, la intervención del perjudicado directo no suscitaría ningún tipo de problema en la marcha procesal, cumpliendo notar, además, que su admisión estaría justificada en base al mismo principio en que se ha apoyado la nueva regulación de la LC 06/2007 al admitir la intervención del afectado en el control ejercido en el proceso de la cuestión de inconstitucionalidad<sup>340</sup>.

### 3.1.4) El procedimiento

#### a) La fase de admisión de la demanda y su desarrollo

Propuesta la demanda, sobreviene una fase en la que el Tribunal Constitucional procede al examen de sus requisitos y presupuestos procesales. Aunque la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional nada ha dicho al respecto, el Tribunal Constitucional, en su

---

<sup>338</sup> En Brasil, donde también no se admite la intervención de terceros interesados en el control abstracto, tenemos la figura del *amicis curiae*, (el amigo de la Corte), por medio de la cual entidades de la sociedad civil, personas físicas y jurídicas, de derecho privado, autoridades en asuntos técnicos y científicos de diversas áreas, los cuales no solo producen alegaciones como están autorizados a sostener sus opiniones en audiencia pública preparatoria del juzgamiento y, bien así, a sostener oralmente en la sección de juzgamiento por el Tribunal (Cfr. Art. 7º, § 2º, da Ley n. 9.868/99).

<sup>339</sup> Al respecto, el STF, frente a cuestiones trascendentes para la sociedad, que importan en cambios en el modo de vida de las personas, o de concepciones filosóficas y culturales muy arraigadas, ha adoptado la praxis de las audiencias públicas, en la que expertos son invitados y comparecen con sus aportaciones valiosas.

<sup>340</sup> La Profesora GARCÍA MARTÍNEZ, hablando sobre la personación de las partes procesales, en atención a las reformas objeto de la LO 06/2007, observa la posibilidad de que una ley de carácter concreto o singular recurrida en un proceso constitucional instado por medio del recurso de inconstitucionalidad produzca la misma situación para el afectado. De ahí lamentar que el legislador no hubiera aprovechado para regular este fenómeno también en caso de recurso, al efecto de evitar indefensión (*La ley orgánica 06/2007 y el juez de la ley*, Separata, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, nº 17-diciembre de 2007, p. 34).



STC 42/1985, de 15 de marzo, entendió que la falta de previsión no autoriza la conclusión de que se puede dispensar en este género de contiendas el cumplimiento de tales requisitos. En sesión del Pleno, el Tribunal, haciendo uso de las disposiciones generales del artículo 8º y 86 de la LOTC, tras el referido examen y concluyendo por la ausencia de requisitos, dicta un auto motivado de no admisión inadmisión.

Superada esa fase de admisión, el órgano no queda impedido durante todo el tiempo, tras comunicar a las partes la eventual existencia de motivos distintos de los alegados con relevancia para acordar lo procedente sobre la admisión o inadmisión y, en su caso, sobre la estimación o desestimación de la pretensión constitucional (art. 84 LOTC). Asimismo, el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, podrá en cualquier momento, y previa audiencia de los comparecidos en el proceso, disponer la acumulación de aquellos procesos con objetos conexos que justifiquen la unidad de tramitación y decisión (art. 83 LOTC).

Mientras la decisión de inadmisión de la demanda en la fase inicial se produce por auto y está sometida a recurso de súplica, en los términos del artículo 93.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ya la decisión sobre la ausencia o insuficiencia de los requisitos procesales cuando se aprecia en el curso del proceso, en juicio definitivo o en la segunda fase es objeto de sentencia que, lógicamente, siendo de desestimación no permite al Tribunal entrar en el fondo de la cuestión y no está sujeta a recurso alguno<sup>341</sup>.

Este supuesto puede traer inseguridad jurídica para los demandantes pues, no estando el Tribunal vinculado a su anterior decisión de admisión a trámite y teniendo la potestad de cerrar el proceso a cualquier tiempo en un segundo examen de los requisitos procesales, tras la providencia impuesta en el artículo 84 –es decir, la comunicación a los comparecientes en cuanto a la existencia de otros motivos distintos de los alegados- de la Ley Orgánica, de tal decisión terminativa no hay remedio jurídico al perjudicado, siquiera una aclaración, aunque que se trate de una sentencia de desestimación que, de acuerdo con la literalidad del art. 93.1 LOTC, no podría alejar ese derecho. De toda suerte, nos parece que la comunicación, debiendo ser más que una simple notificación y sí información concreta acerca de los motivos por los cuales se podrán rechazar la demanda, palia esa falta al permitir el ejercicio del principio de la contradicción y, ciertamente, la subsanación de eventuales irregularidades por los legitimados personados en el proceso.

Admitida a trámite la demanda, el Tribunal Constitucional dará traslado de la misma al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia y, en caso de que el objeto del recurso fuera una ley o disposición con fuerza de ley dictada por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma a fin de que puedan personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimasen oportunas (art. 34.1, LOTC).

La personación de los interesados y la formulación de alegaciones deberá ocurrir en el plazo de quince días, a partir del cual el Tribunal podrá dictar sentencia en el plazo máximo de diez, prorrogable a su criterio hasta treinta días, plazo que casi nunca ha podido cumplir en vista de la alta cantidad de procesos en trámite (art. 34.2, LOTC). En la práctica, a diferencia de lo que sucede con los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, las Cortes Generales no comparecen en este género de recursos y dejan a cargo del Gobierno la defensa de la ley.

---

<sup>341</sup> GARCÍA MARTÍNEZ, M. Asunción, *El recurso de inconstitucionalidad*, Trivium, Madrid, Madrid, 1992, p. 170.

Consecuencia de la admisión de la demanda es su estabilización y, por tanto, aunque los legitimados hayan perdido la titularidad sobre las funciones, tal hecho no tiene significado procesal, ya que la legitimación no es personal y sí orgánica. Además, la desestimación del recurso de inconstitucionalidad por razones de forma, no será impedimento para que la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley puedan ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad con ocasión de su aplicación en otro proceso (art. 29.2, LOTC). Veremos más, en otro momento y lugar, que también la desestimación del recurso por razones de fondo no obstaculiza el planteamiento ulterior de la cuestión cuando de la aplicación de la norma considerada constitucional.

#### **b) La prohibición de suspensión de “vigencia” y de “aplicación” de la norma impugnada.**

La ley Orgánica del Tribunal Constitucional no contiene ninguna norma legal que permita la suspensión cautelar de la eficacia de la norma impugnada ante el Tribunal. Al contrario, dispone el artículo 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que “La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de ley, excepto en el caso de que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo 161.2, de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades autónomas”.

Se verifica, por tanto, que tratándose de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley provenientes del Estado, la demanda, aunque admitida a trámite ante el Tribunal, nunca podrá incluir la suspensión de vigencia ni de aplicación. Pero, en cambio, las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley provenientes de las Comunidades Autónomas cuando son impugnadas por el Gobierno al amparo del artículo 161.2 CE, tienen una suspensión automática en cuanto a su aplicación, aunque la ley haya utilizado los términos “vigencia” y “aplicación”, cuando sólo éste último, en rigor, se asemeja a la noción de eficacia<sup>342</sup>.

El precepto, constituido de dos partes, es sólo aparentemente técnico, pues, mientras la primera llame “vigencia” y “aplicación” lo que técnicamente es eficacia<sup>343</sup> –lo único que se podría suspender provisionalmente- la segunda parte crea una excepción a la regla de “prohibición” de mucho mayor calado al que fuera normado por la Constitución,

---

<sup>342</sup> Es un postulado científico el de que el legislador conoce las expresiones y significados técnicos de las realidades normativas con las que labora, y no sería razonable suponer que hubiera incidido en error cuando llamó vigencia y aplicación a lo que quería referir a eficacia, categoría que la Constitución, además, no hay empleado en el artículo 163, que trata de prohibir la suspensión de normas impugnadas sólo en la cuestión de inconstitucionalidad, no en el recurso de inconstitucionalidad.

<sup>343</sup> Debe recordarse: mientras la vigencia es la pertenencia de la norma a un sistema jurídico, la validez hace referencia a regularidad de las normas, es decir, la observancia de las condiciones que hayan sido dictadas por otras normas de producción normativa. La eficacia es el atributo más saliente de las normas, como el referente a su idoneidad para constituir situaciones y relaciones jurídicas. Por ello, es posible que una norma sea vigente y válida pero ineficaz, o que no esté vigente pero sea eficaz o que sea inválida pero eficaz. “Lo primero ocurre en casos tales como el previsto por la cláusula de prevalencia del Derecho estatal sobre el Derecho autonómico (Art. 149.3 CE) o por la regla de la primacía de la *lex specialis* sobre *lex generalis*; lo segundo puede ocurrir en los casos de derogación y de anulación de las normas con efectos puramente prospectivos o *pro futuro* (STC 45/1990, de 20 de febrero); lo tercero, siempre que una norma inválida no haya sido impugnada o todavía no haya sido anulada por el Tribunal competente. En consecuencia, el ámbito de eficacia de las normas no coincide necesariamente con los de su vigencia y validez” (DIEZ-PICAZO, L. M<sup>a</sup>., *Eficacia de las Normas, Temas básicos de derecho constitucional, tomo I: Constitución, estado constitucional y fuentes del derecho*, Civitas, 2001, p. 266).

para permitir la paralización automática de una parte del sistema jurídico sin que el Tribunal Constitucional tenga que intervenir preceptivamente y enjuiciar la constitucionalidad de la suspensión en el caso concreto, lo que resulta una sustracción del poder cautelar del Tribunal, sin una justificación razonable.

No hay dudas de que referida opción constitucional y legal implica una diferencia de trato en favor del Estado central en detrimento de las Comunidades Autónomas resultando en un *desequilibrio procesal* importante, aunque la propia Constitución establezca un plazo máximo de cinco meses para la suspensión, circunstancia que impone al Tribunal la obligación de, transcurrido el plazo constitucional, pronunciarse de oficio acerca de la suspensión.

La no admisibilidad de la suspensión cautelar de las normas impugnables provenientes del Estado suele estar justificada exclusivamente en el principio de la presunción de constitucionalidad de la ley. No hay duda que la no suspensión, aparte de reflejar una posición especial de la ley que supone la presunción de su constitucionalidad, tiene también una dimensión política, que es adecuada al sentido político que tiene el recurso de inconstitucionalidad; con la no suspensión se quiere evitar que las minorías legitimadas para interponer el RI lo utilicen como mecanismo para paralizar la acción del Gobierno.

Sin embargo, aunque sea válida tal perspectiva, nos parece que referida presunción, que es *juris tantum*, no tiene virtualidad capaz de hacer frente a control de constitucionalidad de leyes. En este tema, que está en juego la supremacía constitucional, todo depende de la mayor o menor primacía que se quiera devotar a la Ley o a la Constitución, el que puede traducir, por consiguiente, una confianza mayor en el legislador o en los Magistrados.

Aparte de que la misma presunción de constitucionalidad no se predicaría en favor de las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley provenientes de las Comunidades Autónomas, dado que son suspendidas de manera automática a la admisión del recurso, no parece adecuado el razonamiento según el cual la posibilidad de suspensión de la ley recurrida permitiría la paralización de la acción del Gobierno por las minorías. Ciertamente es que las minorías, habiendo sido derrotadas en el parlamento, podrán en algún caso pretender la anulación de la ley en el Tribunal, intentando transformarlo en la “tercera cámara”, pero no es menos cierto que el alto Tribunal dispone de medios jurídicos para impedir su propia instrumentalización, desde que quiera ser un Tribunal independiente, cuyas decisiones siguen el método jurídico<sup>344</sup>.

La suspensión cautelar se asienta, como es propio de toda medida cautelar, en el *fumus boni iuris* – el humo o la plausibilidad del derecho- y en el *periculum in mora*, es decir, en un juicio que traduzca la probabilidad de que avenga un daño de difícil o imposible reparación, en el supuesto de que la norma impugnada sea ulteriormente declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en el juzgamiento de fondo.

El poder cautelar, en la actualidad considerado un poder inherente a la función jurisdiccional del Estado, es caracterizado como un instrumento a servicio de la garantía de

---

<sup>344</sup> Parece extraño, también, que se haya conferido legitimidad a las minorías para recurrir leyes del Estado, es decir, poder de postular anulación del producto gubernamental ante el Tribunal Constitucional en una decisión de fondo, y al mismo tiempo negarse – no a los recurrentes- al propio Tribunal la capacidad de tutelar prontamente el ordenamiento constitucional solo teniendo en cuenta los eventuales intereses partidistas de los actores, aunque tales intereses sean coincidentes con el interés general en los términos asignados por la Constitución. Parece negar la idea tan decantada de proceso objetivo el vincular la referida prohibición a la naturaleza o interés subjetivo de los actores legitimados al recurso.

la efectiva tutela al derecho material y no parece justificable, según pensamos, privar al Tribunal Constitucional del uso de este medio de defensa de la Constitución frente a ataques inmediatos y muchas veces desestabilizadores del orden público al prohibirse la suspensión de la eficacia de las normas impugnadas en un recurso que tiene como objeto la defensa del orden constitucional y no el orden legal.

En efecto, ante el argumento de quién ve riesgos en la medida cautelar<sup>345</sup>, quizá sea aún mayor la inseguridad jurídica derivada de la aplicación inmediata de una norma impugnada que, siendo por todas apariencias inconstitucional, seguirá produciendo daños al ordenamiento jurídico hasta que sobrevenga resolución firme del Tribunal Constitucional que, como se sabe, suele tardar años, entrañando graves consecuencias en caso de sentencia declaratoria de nulidad con efectos *ex tunc*, notadamente en supuestos no reparables o convertible en pecunia.

Tal prohibición, por supuesto, es causa frecuente de construcciones de sentencias que, por muy tardías, conducen a esfuerzos retóricos y, a veces, sofisticados, con el fin de salvar leyes casuísticas, francamente inconstitucionales que, de haber sido suspendas prontamente, no tendrían dado causa a innumerables relaciones jurídicas de derecho material que deberían no haber sido constituidas por contrarias a la Constitución.

Pero, es igualmente inconveniente que, admitiéndose la suspensión, la sentencia del Tribunal Constitucional pueda tardar años, sin que los gobiernos puedan lanzar mano de cualquier instrumento o mecanismo procesal capaz de poner coto a la demora injustificable. Por ello, de *lege ferenda*, podría pensarse en la fijación de un plazo máximo de seis meses para el juzgamiento del fondo de la cuestión, so pena de pérdida de eficacia de la cautelar. Aparte eso, de muy alta conveniencia sería la exigencia de *quorum* cualificado para su adopción en el Tribunal Pleno<sup>346</sup>, previa audiencia del Gobierno.

### **3.2) La Cuestión de Inconstitucionalidad: el elemento del control concreto en el control abstracto**

La cuestión de inconstitucionalidad, prevista en el art. 163 de la Constitución, es la vía del proceso de control de constitucionalidad cuya regulación legal viene establecida en los artículos 35 a 37 de la LOTC y, de acuerdo con la redacción de la LO 06/2007, es ahora de la competencia ordinaria de las Salas del Tribunal Constitucional<sup>347</sup>,

---

<sup>345</sup> El mecanismo de la medida cautelar en el control abstracto nos parece tan necesario como en los procesos de conflicto de competencias. En el ordenamiento brasileño está concebida en la acción directa de inconstitucionalidad y acción declaratoria de constitucionalidad, debiendo ser adoptada por la decisión de la mayoría absoluta de los miembros del Tribunal, desde que, presentes un mínimo de ocho de sus once Ministros, tras audiencia de los órganos o autoridades de las cuales emanó el acto impugnado, los cuales deben pronunciarse en cinco días (Art. 10 de la Ley 9.868/98). La medida tiene eficacia contra todos, con efectos *ex nunc*, salvo si el Tribunal entiende que deba concederle eficacia retroactiva. (par. 1º). La concesión de la medida cautelar –suspendiendo la vigencia de la ley o acto con fuerza de ley– torna aplicable la legislación anterior existente, salvo expresa decisión en contrario (par. 2º). Y, algo novedoso e importante: Delante de la relevancia de la materia y su especial significado para el orden social y la seguridad jurídica, tras las informaciones de las autoridades competentes y la manifestación del Abogado General de la Unión y del Procurador-General de la República (Jefe de la Fiscalía de la Unión), el Tribunal podrá juzgar definitivamente la acción (Art. 12).

<sup>346</sup> Esta última medida, por cierto, palia en mucho el riesgo de que una ley del Estado sea suspendida por razones exclusivamente políticas, ya que tal resolución imponiéndose un amplio acuerdo, 2/3 (dos tercios) de sus miembros, por ejemplo, exigiría el consenso de ocho Magistrados, cosa que, de ser conseguida, superaría posibilidades de sospechas partidistas teniendo en cuenta el origen de indicaciones de los Magistrados.

<sup>347</sup> La nueva regulación contenida en el Art. 10 de la LO 06/2007, atribuye a las Salas la competencia para el conocimiento y juicio de las cuestiones, salvo aquellas que el Pleno recabe para sí, y, por otra parte, reserva

con el que se denota la opción legislativa por reservar al Pleno materias de mayor conflictividad y naturaleza política que las cuestiones, en general, no presentan.

Su principal característica - aparte de la legitimidad exclusiva que poseen los órganos jurisdiccionales para su interposición junto al Tribunal Constitucional - consiste en que el problema de la inconstitucionalidad de una ley surge como *cuestión incidental*, que el Tribunal ha de resolver como su objeto único, previamente a la aplicación de dicha ley en la resolución de un proceso entre partes versando cualquier contenido, en curso ante cualquier Juez o Tribunal ordinario.

Se trata, pues, de un instrumento jurídico constitucional por el que se eleva al Tribunal Constitucional, como órgano de control concentrado, el conocimiento de una *sospecha de inconstitucionalidad* de la norma manifestada en un proceso jurisdiccional que entraña una conexión natural entre el caso concreto<sup>348</sup> y el juicio de constitucionalidad. Se tiene un aspecto semejante al modelo de control difuso en la medida en que cualquier Juez o Tribunal, al plantear la cuestión, debe emitir un juicio previo en cuanto a constitucionalidad de la norma de que depende la decisión del caso concreto que se halla en sus manos, si bien la resolución, sobre la constitucionalidad o no de la norma, quepa exclusivamente al Tribunal Constitucional.

La afirmación según la cual por ser de iniciativa de todo y cualquier Juez o Tribunal, se trataría de un procedimiento excepcional y valioso para la depuración del ordenamiento jurídico o una vía que intenta introducir, en parte, algún *instrumento de “control concreto”* de constitucionalidad<sup>349</sup> en el modelo de jurisdicción constitucional abstracta que articula la Constitución de España<sup>350</sup>, impone aclaraciones.

Siendo medida necesaria para solucionar conflictos de intereses entre partes procesales, ese *“mecanismo” de control concreto*, a diferencia de lo que sucede con el recurso de inconstitucionalidad, nace sólo en razón de un litigio anterior judicializado. Es decir, el “elemento” concreto es así considerado por estar relacionado con el *significado procesal* para el derecho de las partes del proceso principal, lo que proyecta en la cuestión

---

al Pleno la competencia para el examen de constitucionalidad de los tratados internacionales, el recurso, los conflictos y otras materias de igual trascendencia. Aparte eso, delega a las Salas el examen sobre admisión de algunas de las materias de su competencia.

<sup>348</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA sostiene: “En el momento en que el problema se plantea ante el Tribunal Constitucional, por remisión del Tribunal *a quo*, la verificación de la constitucionalidad no es muy distinta de la que opera en la técnica del recurso directo o control abstracto de normas. Pero aquí estamos ante un control ‘concreto’ de normas, quiere decirse producido en el seno de un litigio o proceso real y verdadero, de modo que aunque el conocimiento y decisión de este proceso no se remita al Tribunal Constitucional en el juicio de constitucionalidad que a éste corresponde, pesará, inevitablemente, la dialéctica del caso concreto, que entra ya dentro del característico cuadro mental de la justicia” (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Civitas, Madrid, 1984, p. 138).

<sup>349</sup> et al, ob. cit. p. 47.

<sup>350</sup> ASUNCIÓN GARCÍA MARTÍNEZ disiente de esta posición al afirmar: “se ha querido ver en la cuestión de inconstitucionalidad la introducción de un mecanismo de control concreto en el modelo abstracto que representa el recurso de inconstitucionalidad. En nuestra opinión no es este el caso. En la regulación que hace el ordenamiento español de la cuestión de inconstitucionalidad no hay más que un elemento de jurisdicción concreta: que en el curso de un proceso ordinario se plantee la duda de inconstitucionalidad sobre una ley, duda vinculada a la aplicación concreta de la ley en el proceso en cuestión. A partir de la presentación de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional se entra en un proceso constitucional abstracto exactamente igual que el que trae causa en el recurso de inconstitucionalidad, en que no se percibe ningún mecanismo de control difuso desde el momento en que sólo el Tribunal Constitucional es competente para resolver la duda de constitucionalidad planteada, con exclusión total de los órganos judiciales ordinarios. (*El control de constitucionalidad y sus acciones procesales*, en *Derecho procesal constitucional*, CASTAÑEDA OTSU (Coord.), Jurista Editores, Lima, 2004, pp.301-360).

de inconstitucionalidad una expectativa y unas consecuencias jurídico-sociales que el propio Tribunal Constitucional, si quiere mantener el deber de sopesar las consecuencias políticas y sociales de sus decisiones, no puede quedarse inmune y, seguramente a eso no es insensible.

A nadie se le ocurre que ese “mecanismo” de control o “elemento” vaya más allá de esa razón, puesto que el juicio de control en si mismo sigue siendo en todo caso abstracto<sup>351</sup> ya que la misión entregada al Tribunal Constitucional sigue siendo la misma: el control de normas, no de hechos<sup>352</sup>.

Es cierto que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, ello no lleva a una contraposición entre tipos de control, ya que, rigurosamente, sólo de manera impropia se podría hablar de control concreto y de control abstracto de normas en la actividad del Tribunal Constitucional si el juicio, propiamente dicho, en una u otra vía opera de manera igual. Más bien, antes que una dualidad de tipos de control, tenemos que asumir que, en realidad, ni en los recursos de inconstitucionalidad hay abstracción pura de juicios cuanto a conflictos – ya que en juzgamientos sobre normas constitucionales siempre habrá algún tipo de conflicto subyacente de naturaleza política y, muchas veces trascendentales para la sociedad e, incluso las que pueden ser argüidas por minorías parlamentarias<sup>353</sup>-, ni tampoco en las cuestiones de inconstitucionalidades por las lógicas razones ya anticipadas.

Por ello, el origen del proceso como criterio referencial para la explicación del tipo de control –control concreto: cuestión de inconstitucionalidad y control abstracto: recurso de inconstitucionalidad – es un criterio sólo instrumental. Referida dualidad carece de virtualidad cuando se pretende presentarlas como componentes típicos de cada uno de los modelos, el norteamericano y el europeo, incluso porque, como hemos visto, la vía de la cuestión introducida en la Constitución austriaca en la reforma de 1929, hacía parte del modelo europeo desarrollado tras la segunda guerra, particularmente por Alemania e Italia y sigue hasta los días de hoy.

En definitiva, suscribimos la afirmación de Trujillo Fernández de que “las diferencias que median entre el recurso y la cuestión no afectan en sí mismo al juicio de constitucionalidad, sino que se concretan en la legitimación y en el modo de instauración, diferentes en uno y otro instituto, y en el plazo para actuar que sólo afecta al recurso”<sup>354</sup>.

Además, la propia idea de una distinción rígida en tema de juicio es en sí irreal pues, conforme dice García Pelayo al comentar la interpretación totalmente objetiva hecha por el Tribunal Constitucional alemán: “...puede que sea una manera demasiado unilateral

---

<sup>351</sup> Es lo que asentó la STC 238/1992 muy claramente al afirmar que en la cuestión de inconstitucionalidad “se enjuicia, estrictamente, la conformidad a la Constitución de uno o varios enunciados legales, sin tomar en consideración, salvo en lo relativo a la viabilidad de la cuestión, las concretas circunstancias del supuesto planteado en el proceso del que aquella deriva, sobre las que nada podemos decir y que en nada, tampoco, han de condicionar nuestro enjuiciamiento” (FJ 1º b).

<sup>352</sup> “La cuestión de inconstitucionalidad es, como el recurso del mismo nombre, un instrumento destinado primordialmente a asegurar que la actuación del legislador se mantiene dentro de los límites establecidos por la Constitución, mediante la declaración de nulidad de las normas legales que violen esos límites. El objetivo común, la preservación de la constitucionalidad de las leyes, puede ser perseguido a través de estas dos vías procesales, que presentan peculiaridades específicas, pero cuya identidad teleológica no puede ser ignorada” (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1).

<sup>353</sup> “Cuando el control es *a posteriori*, el carácter abstracto en el sentido de preventivo o cautelar es más formal que real pues en todos los casos se resuelven conflictos más concretos que hipotéticos sobre leyes que se están aplicando y, con ello, interpretando, en una sociedad abierta de intérpretes de la Constitución y con un canon de enjuiciamiento que se ha podido modificar durante el período de pendencia del recurso” (MONTILLA MARTOS, José A., ob. cit. p. 151).

<sup>354</sup> TRUJILLO FERNÁNDEZ, G., ob. cit. p. 37.

de ver las cosas, pues, defender los derechos o pretensiones subjetivas garantizados por la Constitución significa concretizar la defensa del orden constitucional objetivo y, defender a éste significa defender los derechos y pretensiones que ampara: lo abstracto vive en lo concreto y lo concreto es la específica articulación en un caso de notas abstractas<sup>355</sup>.

### 3.2.1) Objeto

Su objeto es semejante al del recurso de inconstitucionalidad, es decir: toda **norma con rango de ley** que deba aplicarse en un litigio y de cuya validez dependa el fallo, es la dicción del artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Mientras el objeto del recurso sea más amplio, puesto que abarca las leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley (art. 31, LOTC), lo que el artículo 35 de la misma ley ha querido distinguir son los actos administrativos infra-legales que integran la competencia de la jurisdicción ordinaria y, como tal, no exigen, por tanto, elevación al Tribunal Constitucional, que sobre ellos no tiene competencia.

El Tribunal Constitucional, consiguientemente, no deteniendo competencia para conocer de normas con inferior rango legal, ha considerado que las disposiciones reglamentarias dictadas en desarrollo de la ley cuestionada no pueden condicionar en modo alguno el juicio de constitucionalidad (STC 337/1994, FJ 3º). De ahí que no pueda pronunciarse sobre el alcance y sentido de dichas normas infra-legales, ni tampoco tomarlas en consideración para confirmar, ni tan siquiera para argumentar, la validez del precepto legal objeto de la cuestión (STC 169/1993, FJ 1º a)<sup>356</sup>.

### 3.2.2) El parámetro

Es un presupuesto obvio que el parámetro que orienta la cuestión de inconstitucionalidad, como una vía procesal específica destinada a solucionar duda o sospecha de inconstitucionalidad, solo puede ser la Constitución y, así, no habría justificativa siquiera una mención al respeto. Pero, como hemos señalado en el estudio del recurso de inconstitucionalidad, no solamente el texto de la Constitución, sino también el **bloque de constitucionalidad** sirve de parámetro para el control en aquella vía procesal. Ello, solo por si, bastaría para recordar, todavía en este apartado, que la Constitución formal solo opera como un canon incompleto de constitucionalidad y que a sus contenidos sea necesario añadir los de los distintos Estatutos de Autonomía y otras leyes que forman el contenido de referido bloque.

De esto modo, el parámetro de control de la cuestión de inconstitucionalidad será siempre el texto normativo formalmente aprobado como tal; pero si la norma legal contradecir los contenidos materiales que componen aquel bloque, vulnerará el rango normativo superior de la Constitución.

### 3.2.3) Legitimados

De acuerdo con el art. 163, CE y artículo 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, están legitimados a suscitar la cuestión de inconstitucionalidad todos los órganos judiciales, es decir, todos los Jueces y Tribunales, entre los cuales se han de incluir los de la jurisdicción militar, pero no los árbitros y los jurados, por más que desempeñen una función de naturaleza para-jurisdiccional o casi-jurisdiccional (ATC 259/1993, FJ 3º).

---

<sup>355</sup> El “status” del tribunal constitucional, REDC, vol. 1, nº 1-enero-abril, Madrid, 1981, p.33.

<sup>356</sup> et al, ob. cit. p. 51.

La *legitimación exclusivamente judicial* (STC 130/1994 FJ 2º, por todas), sin embargo, puede ser instada por las partes procesales sin que el Juez o Tribunal estén vinculados a tales peticiones. “*De oficio o a instancia de parte*”, es la expresión del art. 35.1, LOTC, la cuestión podrá ser planteada ante el Tribunal, sin que, con todo, de esa decisión quepa recurso de cualquier especie (art. 35.2, LOTC). La mención al Juez o al Tribunal, a que alude el dispositivo legal, trae causa al hecho de que la cuestión – como tendremos ocasión de demostrar- puede plantearse en diversas instancias jurisdiccionales.

### 3.2.3) Procedimiento

El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad es *compuesto* y *complejo*: compuesto porque en él interviene, amén de las partes, el Ministerio Fiscal, los cuales deben manifestarse sobre la pertinencia de plantear la cuestión, y ahora también sobre el fondo de la misma, en el plazo de diez días. El juez o Tribunal decidirá en el plazo de tres días, sin que de esa resolución quepa recurso. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados de jurisdicción en tanto no se llegue en sentencia firme (art. 35.2 LOTC). Y es complejo porque, tras la primera fase de admisión ante la jurisdicción *a quo*, se sigue otra ante el Tribunal Constitucional.

La audiencia de las partes y Ministerio Fiscal, para que se manifiesten sobre la pertinencia de la medida y el fondo de la misma en el plazo de diez días, es una providencia legal obligada, conforme impone el referido artículo 35.2 LOTC. Empero, el requerimiento de las partes no es vinculante al Juez o Tribunal, los cuales no están, por ende, obligados al planteamiento de la cuestión.

En los términos de la nueva redacción del apartado 2 del artículo 35 de la LOTC, “El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o *la resolución jurisdiccional que procediere*, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión”.

Referida expresión legal adopta el que de ha mucho venía decidiendo el Tribunal Constitucional; haciendo una interpretación teleológica del artículo 35.2, en la redacción anterior, y del artículo 163 de la Constitución, entendió aquel alto Tribunal que la cuestión puede promoverse también frente a *resoluciones* que adopten la forma de *auto*, porque “la razón es la misma en uno y otro supuesto, por cuanto, siendo la Ley cuestionada posterior a la Constitución, se da una prejudicialidad que sólo puede resolver este Tribunal. Cabe concluir que el vocablo “fallo” en el artículo 163 de la CE significa el pronunciamiento decisivo o imperativo de una resolución judicial, se trate de materia de fondo o de materia procesal” (STC 76/1992, FJ 1º).

Un cambio sutil ha sido introducido en el artículo 35.2 por la LO 06/2007, de 24 de mayo, en el que se refiere a la manifestación de las partes procesales. Mientras el texto revocado preveía que las partes y el Ministerio Fiscal podrían alegar lo que desearan sobre la pertinencia de plantear la cuestión y sobre el fondo de la causa, la nueva Ley Complementar ha sustituido la preposición “y” por “o”, el que, según Asunción García Martínez, “evita la necesidad de que las partes convocadas por el juez tengan que acumular



sus alegaciones en un doble sentido, permitiendo que se decanten unicamente por una de las opciones...”<sup>357</sup>.

A esta consecuencia podría anadirse otra, relacionada con el apartado 2 del artículo 37 de la LO 06/2007. Este dispositivo, al permitir ahora a las partes personarse en el Tribunal Constitucional a fin de presentar alegaciones de sus intereses, hace referencia lógica a las alegaciones que versan sobre el mérito de la cuestión de constitucionalidad elevada y admitida por la Sala del Tribunal, pues es la única materia objeto de deliberación en este órgano.

Una vez planteada la cuestión por el órgano judicial y admitido el trámite por la Sala, el objeto de atención de las partes estará volcado ahora, con más énfasis, a la cuestión constitucional, trabandose en torno de ella las discusiones. De ahí que la innovación legislativa parece proporcionar a las partes una segunda oportunidad, tras haber razonado, en el proceso judicial, sobre la pertinencia del planteamiento de la cuestión por el juez o tribunal, podrán suscitar nuevos argumentos jurídicos ante la Sala, con el fin de convencer cuanto a constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma sospechosa<sup>358</sup>.

En nuevo apartado 3 al artículo 35 de la misma LO 06/2007, preve ahora que “el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la **suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial** hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión”, providencia lógica que, por ello mismo, ya se adoptava ha mucho tiempo (subrayado nuestro).

Antes de plantear la cuestión, el Juez o Tribunal debe proceder a la interpretación de la norma en foco conforme a la Constitución, pudiendo buscar por si mismo el sentido que le parezca constitucional a fin de aplicarla al caso concreto. Habiendo **necesidad del planteamiento** de la cuestión, por otro lado, esta decisión debe ser claramente motivada, lo que sólo es posible, en general, tras la instrucción, estando el asunto pronto para resolución. En consecuencia, el Juez debe indicar que, en caso de nulidad o de validez de la ley, el fallo sería enteramente diverso.

Este **carácter necesario** de la cuestión para la solución de la controversia procesal ha puesto en cuestion si los Jueces de instrucción también podrían plantearla, y la respuesta del Tribunal ha sido negativa, pues en el momento procesal en que éstos actúan “todavía no es posible saber si la norma que se cuestiona es aquella de la que va a depender el fallo, ya que pudiera ocurrir que esta norma no llegara a aplicarse porque no se probaran los hechos denunciados, existiera otra norma penal que desplazara aquella o, por cualquier

---

<sup>357</sup> GARCÍA MARTÍNEZ, M. Asunción, in *La ley orgánica 06/07 y el juez de la ley*, p.31). Parécenos que tal cambio posee conexión con la previsión, introducida en el apartado 2 del artículo 37 de la LO 06/2007, que permite a las partes personarse en el Tribunal Constitucional a fin de presentar alegaciones de sus intereses. Es que, planteada la cuestión por el órgano judicial, y una vez admitido el trámite por el TC, el razonamiento de las partes estará volcado ahora, con más énfasis, al fondo de la causa constitucional. De ahí que la previsión de que las alegaciones pueden versar sobre el fondo incide, más propiamente, en este momento, ejercitable ante el propio Tribunal; aunque las partes puedan seguir alegando todo lo que quieran ante el órgano judicial *a quo*, ante al Tribunal Constitucional sus intereses se especifican.

<sup>358</sup> Dice la exposición de motivos: “la ley intensifica el papel de las partes litigantes del proceso judicial en el que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad, ya que no sólo se les permite realizar alegaciones sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, sino que también se permiten alegaciones sobre el fondo de la cuestión”. El fondo de la cuestión, nos parece, admitida la cuestión, solo interesa al Tribunal Constitucional.

otro motivo que impidiera la aplicación de la norma cuestionada” (STC 234/1997, FJ 2º B y ATC 203/1998, FJ 2º).

Si el juicio *a quo* estima la cuestión de inconstitucionalidad, el auto se elevará al Tribunal Constitucional junto con el testimonio de los autos principales y de las alegaciones de las partes si las hubiere. Recibidas las actuaciones en el órgano *ad quem*, dice el art. 37.1, LOTC, el Tribunal realizará un nuevo trámite de admisión y podrá rechazar de plano la cuestión mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, en decisión motivada, cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada.

El Tribunal Constitucional tiene sentado los presupuestos en cuanto al **juicio de admisibilidad** y **relevancia** de la cuestión en los siguientes términos:

1) **el juicio de admisibilidad**: “El órgano judicial que plantea la cuestión es así, en principio, el competente para determinar cuáles son efectivamente las normas aplicables al caso que ha de decidir, y el control del Tribunal Constitucional sobre este primer requisito ha de limitarse, por decirlo así, a juzgar por las apariencias. Sólo cuando de manera evidente, sin necesidad de análisis de fondo, la norma cuestionada sea, según principios jurídicos básicos, inaplicable al caso en donde la cuestión se suscita, cabrá declarar inadmisibile por ésta razón una cuestión de inconstitucionalidad”. (STC 17/1981, F.1)<sup>359</sup>;

2) **el juicio de relevancia**: “Es preciso analizar y decidir previamente la alegación hecha por el abogado del Estado en el sentido de que falta en la presente cuestión el debido juicio de relevancia, es decir, el esquema argumental del que resulta la dependencia entre el fallo del proceso *a quo* y la validez o invalidez de la norma cuestionada” (STC 189/1991, F.2). “Entre las cuestiones procesales de las cuestiones de inconstitucionalidades una de las más esenciales es el llamado juicio de relevancia, estatuido por el art. 35.2, LOTC en garantía de que su planteamiento no desborde la función de control concreto o incidental de la constitucionalidad las leyes: para dar exacto cumplimiento a dicha garantía es preciso que el juicio de relevancia o argumentación dirigida a constatar si el fallo del proceso depende de la validez de la norma cuestionada, no solamente venga exteriorizado en el auto de planteamiento de la cuestión sino que, además, resulte adecuado a lo que es generalmente admitido en Derecho, de modo que si la argumentación judicial adolece de notoria falta de consistencia, la cuestión incide en inadmisibilidad al incumplirse una exigencia inexcusable del procedimiento prevista en el art. 163 CE”. (STC 166/1986, F.6 y STC 221/1992, F.1)<sup>360</sup>.

Admitida a trámite la cuestión, el Tribunal dará traslado de la misma, por conducto de sus Presidentes, al Congreso de los Diputados y al Senado, al Fiscal General del Estado y al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia. Si se trata de una ley o norma con fuerza de ley dictada por una Comunidad Autónoma, lo trasladará a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma. Todos estos sujetos podrán personarse y formular alegaciones sobre la cuestión planteada en el plazo común improrrogable de quince días.

En este punto deviene la importante innovación hecha por la Lei Orgánica 06/07 al anadir el apartado 2 al artículo 37<sup>361</sup>, por el que se garantiza la personación de las

<sup>359</sup> CARRERAS SERRA, Francesc y GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Leyes políticas*, Aranzadi, Madrid, 2003, 103.

<sup>360</sup> Ídem, p. 103.

<sup>361</sup> “2. Publicada en el “Boletín Oficial del Estado” la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros 15 días.

partes del proceso en el Tribunal Constitucional para que puedan sostener las alegaciones de sus intereses. Se introduce, de esta manera, un *mecanismo de contradicción* en beneficio de la parte litigante en el momento de la formación del juicio por el Tribunal Constitucional, con el que la ley atiende a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sentada en la sentencia de 23 de junio de 1993<sup>362</sup>, la que condenó el Estado español por no haber permitido al recurrente (la familia Ruiz-Mateos), que era parte en el litigio, personarse ante el Tribunal Constitucional en el proceso que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el juez respecto de la Ley 7/1983, de 29 de junio<sup>363</sup>.

Concluido éste, el Tribunal dictará sentencia en el plazo de diez días, salvo que estime necesario, mediante resolución motivada, un plazo más amplio, que no podrá exceder de treinta días; plazo que, al igual que ocurre con el recurso de inconstitucionalidad, tampoco se cumple en la práctica<sup>364</sup>.

La decisión por la que el Juez o Tribunal plantea la cuestión de inconstitucionalidad, según el mismo artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no es pasible de cualquier recurso, el que no llega a presentar graves consecuencias a los derechos procesales de las partes si se tiene en cuenta, como ya se ha subrayado, que se trata de decisión no terminativa y que, en caso de que sea denegatoria, hay la posibilidad de planteamientos sucesivos en las superiores instancias.

### 3.2.5) La auto-cuestión de inconstitucionalidad

Una forma procedimental integrante del proceso de control de constitucionalidad es la llamada auto-cuestión o cuestión interna, que encuentra previsión en el artículo 55.2 LOTC. De acuerdo con la nueva redacción que le ha dado la LO 06/2007: “2. En el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes”<sup>365</sup>.

Se trata de un *mecanismo procesal* que se asemeja a la cuestión de inconstitucionalidad en la medida en que es *manifestada en el seno de otro proceso* – en el recurso de amparo<sup>366</sup> – pero no de competencia de un Juez o Tribunal ordinario y sí de una

---

<sup>362</sup> Según la exposición de motivos de la ley, la medida visa permitir la contradicción en este procedimiento de control de constitucionalidad, siguiendo en esto las directrices contenidas en la Sentencia de 23 de junio de 1993, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

<sup>363</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendía que España había incumplido el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos de 1950, que impone el derecho de toda persona a ser oído por los tribunales. Pero, conforme apunta GARCÍA MARTÍNEZ, el Tribunal Constitucional, mismo después de esta decisión no alteró su jurisprudencia en la aplicación del Art. 37.2 en sendas sentencias y autos, incluso llegando a concluir que la doctrina del TEDH solo se aplicaba al supuesto concreto en el que se produjo su pronunciamiento, es decir, en el caso excepcional de una ley singular (La Ley orgánica 06/2007 y el juez de la ley, p. 32).

<sup>364</sup> DE ESTEBAN, Jorge y GONZÁLEZ-TREVÍJANO, Pedro J., ob. cit. p. 231.

<sup>365</sup> La redacción revocada era: “En el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva sentencia con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes. La cuestión se sustanciará por el procedimiento establecido en los artículos 37 y concordantes”.

<sup>366</sup> No es aquí nuestro propósito hablar sobre el recurso de amparo, que viene ampliamente regulado en el Art. 41 y siguientes de la LOTC, o sobre sus requisitos, presupuestos y procedimiento. Lo único que debe apuntarse es su naturaleza de instrumento de defensa de derechos fundamentales, dirigido a preservar o restablecer derechos y libertades conculcados por acto del poder público. El amparo tramitado por la vía de

de las Salas, o Secciones, del propio Tribunal Constitucional. De ahí hablar la Ley Orgánica en cuestión interna.

Las significativas novedades en la nueva regulación de esa cuestión interna de constitucionalidad radica en la elevación de la cuestión al Pleno, que la decidirá en **carácter prejudicial**, debiendo suspenderse el plazo para dictar sentencia de amparo, de manera que el tema constitucional se resolverá por el Pleno en ulterior sentencia de conformidad con lo previsto en los artículos 35 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre<sup>367</sup>.

Se nota, por lo tanto, el importante cambio: mientras en la regulación de la ley anterior la Sala elevaba la cuestión al pleno **tras estimar, por sentencia, el recurso de amparo, ahora tal elevación ocurre previamente**, debiendo suspenderse el plazo para dictar sentencia. Con ello, se arroja lógica en el procedimiento de la cuestión de constitucionalidad de la ley, que adquiere naturaleza incidental y prejudicial cuanto al fondo del recurso. Y, tratándose de decisión que resuelve cuestión incidental en el proceso – especialmente por la naturaleza y efectos *erga omnes* de la decisión-, la Sala o Sección se quedan logicamente vinculadas a lo decidido por el Pleno acerca de la constitucionalidad de la ley.

Ante los términos de la la ley,<sup>368</sup> según una interpretación teleológica de las nuevas reglas, es **presupuesto de la cuestión interna** que la ley pueda, con carácter general, lesionar **derechos fundamentales o libertades públicas**. Es decir, que en virtud de la ley haya, a juicio de la Sala o Sección, una vulneración de derechos trascendente al caso enjuiciado<sup>369</sup>.

Hay, además, como ocurre en la cuestión de inconstitucionalidad, una cisión en el objeto del recurso de amparo, quedando al Pleno unicamente el juzgamiento de la cuestión incidente y a la Sala, o Sección, el juzgamiento sobre el fondo del recurso de amparo, con el que se elimina el desperdicio de trabajo por el órgano competente y, de paso, se impide la posibilidad de que la sentencia estimatoria de la Sala pudiera ser casada por la sentencia posterior del Pleno, en caso de que este entendiera constitucional la ley sospechosa<sup>370</sup>.

---

los artículos 41 y siguientes de la LOTC será resuelto por la Sala y finalizará con sentencia en cuyo fallo se contendrán algunos de los pronunciamientos previstos en el artículo 55.1 de la LOTC. Mientras que la cuestión que la Sala eleva al Pleno (que conlleva que «el acto que se anula sea consecuencia ineluctable de la aplicación de la norma» —STC 63/82, de 20 de octubre—) será tramitada por la vía de los artículos 37 y siguientes de la LOTC (como si de una cuestión de inconstitucionalidad —control concreto de normas— se tratase).

<sup>367</sup> Dice la exposición de motivos: Otra novedad significativa se encuentra en la introducción de una nueva regulación de la cuestión interna de constitucionalidad para los casos en los que la estimación del amparo traiga causa de la aplicación de una ley lesiva de derechos o libertades públicas. En tales supuestos la nueva regulación ordena elevar la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia de amparo, de manera que la cuestión de inconstitucionalidad se resolverá por el Pleno en ulterior sentencia de conformidad con lo previsto en los artículos 35 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre.

<sup>368</sup> «2. En el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes.»

<sup>369</sup> Conforme expone con precisión GARCÍA MARTÍNEZ, in La ley orgánica 6/2007 y el juez de la ley, p. 35.

<sup>370</sup> En la regulación anterior, en el supuesto de que el recurso de amparo tuviese como causa de pedir un acto de aplicación de una ley tenida como inconstitucional, si la Sala así lo entendiese estimaba el recurso del amparo y elevaba la cuestión interna al Pleno. Y, en caso de que el Pleno viniese a decidir que la ley era constitucional, su sentencia tendría casado la sentencia de la Sala, una grave contradicción interna.

Si el Pleno desestima la cuestión interna propuesta, por entender constitucional la ley, a la Sala, o Sección, cumple decidir sobre la pretensión de fondo del recurso de amparo, en atención a la causa de pedir y en los límites del pedido del caso concreto, pudiendo desestimarla simplemente o estimarlo, en el supuesto de que el acto de aplicación impugnado fuera inconstitucional; si, todavía, el Pleno la estima, declarando inconstitucional la ley, por supuesto que el acto impugnado, de aplicación directa de la ley inconstitucional, tendrá conculcado derechos o libertades fundamentales del recurrente y, por lo tanto, el amparo habría de ser concedido<sup>371</sup>.

De ahí que se trate, en realidad, de un cauce procesal que implica un “puente” o una conexión entre el recurso de amparo y el control de constitucionalidad que se lleva a cabo, sustanciándose en los mismos términos del procedimiento de la cuestión (Art. 37 LOTC), que, en cierta medida, como dice Pérez Royo, suple las lagunas de un sistema que desconoce un recurso de amparo directo frente a leyes<sup>372</sup>.

En el caso de que la misma cuestión haya sido resuelta en sentencia anterior (STC 140/1989), como en caso de pérdida de relevancia jurídica del objeto, al haber sido derogada la norma que incurría en inconstitucionalidad (STC 207/1990), el Tribunal tiene considerado innecesario el planteamiento de la auto-cuestión, configurándose ahí un típico caso de pérdida de objeto.

---

<sup>371</sup> Podría suceder que, pese la estimación de la cuestión interna por el Pleno, declarando inconstitucional la ley, la Sala o la Sección entendiese que el acto impugnado no tendría fuente en la ley enjuiciada y, por lo tanto, debiese negar el recurso de amparo a ese fundamento. En tal supuesto, forzosamente se tendría producido un error por parte de la Sala o Sección porque, estando sometida a la obligatoriedad de “concretar la ley o norma con fuerza de ley que cuestione y el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión”, antes de elevar la cuestión al Pleno, en los términos del que impone el Art. 55.2 de la LOTC, evidentemente que tendría suscitado una cuestión indebida, puesto que no necesaria para la solución del amparo.

<sup>372</sup> PÉREZ ROYO, J., *Tribunal constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 72.

## Capítulo IV

### Evolución e Interacción de los Sistemas de Control de Constitucionalidad

#### Introducción

Es hecho indiscutible que los sistemas de control norteamericano y europeo devienen, desde sus orígenes, en franca evolución y en convergencia histórica, aunque relativamente. Los sistemas jurídicos, como producto cultural, siguen la ruta del ingenio humano en la incesante búsqueda de perfeccionamiento en respuesta a las exigencias sociales. La creciente ampliación de los medios de comunicación, el surgimiento, desarrollo, incremento y expansión de nuevas tecnologías en todos los sectores del conocimiento, han permitido que de este fenómeno también se beneficiaran las instituciones políticas y jurídicas de manera general.

El estudio de un sistema de control de constitucionalidad particular, en el caso el brasileño – basado en el modelo norteamericano pero que evoluciona decididamente, acogiendo elementos del modelo dicho europeo, especialmente tras la Segunda Guerra Mundial hasta los días de hoy-, debe lógicamente dar cuenta o describir los principales lances de la evolución histórica en los dos sistemas, aunque de manera somera respecto a sus líneas estructurales.

A ello queremos dedicar este capítulo, apuntando las principales innovaciones constitucionales y legales operadas en los sistemas desde su origen, aquí llamados “sistemas clásicos de control de constitucionalidad” por alusión a sus formas típicas originarias, empezando por el primero y mas duradero de ellos.

#### 1) Evolución de la *Judicial Review*

El sistema de control de constitucionalidad norteamericano es caracterizado fundamentalmente como un ***modelo de control judicial*** de casos concretos, esto es, aquél en que el juicio sobre la legitimidad de la norma impugnada sólo surge a condición de que sea aplicable a un litigio real determinado en ***un proceso entre partes*** antagónicas y que, además, el examine sobre la constitucionalidad requerida fuera absolutamente necesaria para la resolución del caso. El aspecto incidental es la característica principal del llamado modelo judicial difuso de control de constitucionalidad en contraposición al llamado modelo abstracto de control de constitucionalidad, en el que el control de legitimidad de la norma surge y se desarrolla al margen de conflicto subjetivo.

El artículo III, sección 2, de la Constitución norteamericana es el fundamento invocado al entendimiento de que “el poder judicial atribuido a los tribunales federales sólo puede ser ejercido para la determinación de los llamados ‘litigios’ o ‘acciones’<sup>373</sup>. Por los términos expresos en la Constitución, afirmó el más alto tribunal americano, ‘el ejercicio del poder judicial es limitado a acciones o litigios. No se extiende amén de eso, y

---

<sup>373</sup> Estipulaba el artículo III, sección 2ª, de la Constitución de 17 de septiembre de 1787, el principio de la apreciación judicial a todas las causas de derecho y de equidad, que nacieran de la Constitución y de las leyes de los Estados Unidos. Establecía, todavía, que la Constitución y las leyes dictadas en virtud de ella representaban la ley suprema del País, quedando los jueces de los Estados-miembros sometidos a ella, y sin efecto cualquier disposición, en la Constitución y en las leyes de cualquier de los Estados, que la contrariara (Art. VI, nº 21) (Cfr. POLETTI, Ronaldo, *Controle da constitucionalidade das leis*, p. 30).

a menos que sea declarado en una acción y litigios dentro del significado de la Constitución, el poder de ejercerlo no es conferido en parte alguna”<sup>374</sup>.

Por acciones o litigios, dice Schwartz, “se entienden las pretensiones de los litigantes presentadas ante los tribunales para ser resueltas por los procesos regulares establecidos por la ley o costumbre para la protección o reconocimiento de derechos o prevención, reparación o punición de errores. Es solamente cuando una cuestión constitucional le es presentada en la forma de una acción legal entre dos o más partes adversas que uno tribunal federal puede procurar resolverla. No importa cuán importante sea la cuestión, o cuán urgente sea la solución para la nación, la su decisión por los tribunales, y finalmente por la Corte Suprema, debe esperar la su presentación en forma de un proceso judicial a ser decidido”<sup>375</sup>.

Tal interpretación restrictiva, que prevaleció por muchos años en el Tribunal Supremo, cumplía la función de impedir la intromisión del poder judicial en las funciones propias de los otros poderes<sup>376</sup>. La concepción de que la revisión judicial de la ley y actos del gobierno estaba subordinada a la existencia de un caso concreto, un conflicto fáctico, vinculado a un interés jurídico personal y actual, impedía que la ley inconstitucional pudiera ser enjuiciada antes que produjera efectos lesivos y exigía que el interesado sólo batiera a las puertas de la Justicia en caso de absoluta necesidad de reparación, lo que, por ende, posibilitaba que, en ciertos casos, la norma permaneciera produciendo efectos contrarios al orden constitucional, creando inestabilidad jurídica, sin que hubiera remedio jurídico alguno para subsanarla<sup>377</sup>.

Esta concepción casuística exigía la vía de excepción en el control judicial de la inconstitucionalidad de la ley, por cualquier tribunal federal o estadual. Pero, como las dudas sobre la constitucionalidad de la ley podrían persistir por cierto tiempo en el sistema judicial, dada la previsión de recursos, hasta la resolución definitiva por la Suprema Corte<sup>378</sup>, no se tenía instrumento jurídico adecuado a la pronta solución acerca de la cuestión de constitucionalidad.

---

<sup>374</sup> SCHWARTZ, Bernard, *Direito constitucional americano*, trad. Carlos Nayfeld, Forense, São Paulo, 1966. La cita a la decisión del más alto tribunal americano es a la sentencia del Tribunal Supremo en el asunto *Muskat v. United States*, 219 U. S. 346, 356 (1911). Dice el Chief Justice Day: El poder judicial tiene competencia para juzgar disputas actuales que se promuevan entre litigantes diversos. El derecho de declarar inconstitucionalidad de las leyes surge porque una de ellas, invocada por una de las partes como fundamento de su derecho, está en conflicto con la ley fundamental. Esa facultad, que es deber más importante y delicado de la Corte, no le es atribuida como un poder de revisión de la obra legislativa, más porque los derechos de los litigantes en las controversias de naturaleza judicial requieren que la Corte opte entre la ley fundamental y la otra, elaborada por el Congreso en la suposición de estar en consonancia con la competencia constitucional, pero que en la verdad, se excede del poder conferido al ramo legislativo del gobierno. Esa tentativa para conseguir la declaración judicial de validez de la ley elaborada por el Congreso no se presenta, en la hipótesis, en un caso o controversia, a cuya apreciación esta limitada la jurisdicción de esta Corte, según la ley suprema de los Estados Unidos”. (COELHO, Sacha Calmon Navarro, ob. cit. p. 81).

<sup>375</sup> Ob. cit. p. 188.

<sup>376</sup> En la opinión de SCHWARTZ, tal restricción alejaba desde luego, también, cualquier tentativa de ejercerse un papel consultivo o de control preventivo de las leyes, como ocurría y ocurre todavía hoy en Francia, aunque reconoce la necesidad de consejo judicial sentida por los administradores anglo-americanos, tal como ha demostrado las tentativas hechas de presentar procesos de opinión consultiva por los cuales la validez de la acción administrativa podía ser probada desde el inicio y de los cuales el más conocido es el contenido en *English Rating and Valuation Bill* de 1928. (ob. cit. p. 188).

<sup>377</sup> Esta es una contingencia del sistema de control difuso: un periodo de relativa incertidumbre, involucrado de sospechas o desconfianza acerca de la legitimidad constitucional de la ley (Cfr. BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, pp. 311-312).

<sup>378</sup> Conforme señala Paulo BONAVIDES, en cita a Burdeau, en Estados Unidos hay una tendencia en el sentido de solo conferir fuerza de ley a los textos más importantes tras el pronunciamiento de la Suprema

De ahí los subterfugios que abogados norteamericanos adoptaban, simulando demandas para compeler los tribunales a se manifestar sobre la constitucionalidad de alguna ley, siendo común el recurso a la llamada “demanda del accionista” en virtud de la cual un accionista inicia un proceso con el falso objetivo de impedir que los representantes legales y funcionarios de la empresa de que haz parte obedezcan una ley que él considera simultáneamente inconstitucional y lesiva a los intereses de la compañía<sup>379</sup>.

El cambio vino en la sentencia proferida en el caso *Nashville C. and St. Louis Railway versus Wallace*, de 6 de febrero de 1933, cuando la Corte Suprema reconoce justiciable el carácter de la sentencia declaratoria. Sostuvo el Tribunal:

“La Constitución no exige que el caso o controversia se presente dentro de las formas tradicionales de procedimiento, invocando solamente los remedios tradicionales. La cláusula judicial de la Constitución definió y lindó el poder judicial, pero no el método particular porque podría ser llamado a intervenir. No cristalizó en formas inmutables el procedimiento de 1789 como el único medio posible de presentar un caso, o controversia, jurídicamente examinable de otro modo pelas Cortes federales...A los Estados es permitido regular su procedimiento judicial propio. De ahí, no ser bastantes modificaciones meramente en la forma o método de procedimiento porque los derechos federales (los derivados de la Constitución y de las leyes de los Estados Unidos) son llevados a la final adjudicación en las Cortes de los Estados para impedir revisión por esta Corte, mientras el caso guarde los característicos de un procedimiento contradictorio que envuelva controversia concreta, no hipotética, resuelta, finalmente, por la instancia interior (de la más alta Corte del Estado)”<sup>380</sup>.

Esta decisión, que representaba una clara evolución en relación a las vías de acceso al control de constitucionalidad, todavía no mencionaba explícitamente la vía de acción declaratoria, esto es, el derecho de la parte, frente a la amenaza en sus derechos por una ley sospechosa de inconstitucionalidad, poder impugnarla judicialmente visando obtener certeza de su incidencia en situación o relación jurídica concreta. Se olvidaba, por tanto, los reclamos de la doctrina americana que abogaba la tesis de que el interés sobre la constitucionalidad de las leyes configura interés público, no solamente el interés privado de la parte.

---

Corte. Trae el ejemplo de la rehusa de Henry Ford, en 1937, en aplicar la legislación social del *Wagner Labor Act* hasta que la Suprema Corte se definiese al propósito del asunto (*in Curso de direito constitucional*, p. 312).

<sup>379</sup> Cf. BITENCOURT, Carlos Alberto Lucio, *Controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*, Ministerio da Justiça, Brasília-DF., 1997, p. 24.

<sup>380</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle concentrado de constitucionalidad, comentarios a lei 9.868, de 10.11.1999*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2005, pp. 8-9. Antes de esta sentencia, en 1927, la Corte Suprema, en el caso *Liberty Ware-house Co. Versus. Granis*, había repudiado la acción declaratoria como instrumento de control de constitucionalidad, en acción que buscaba declarar la inconstitucionalidad de una ley del Estado por violación a la Constitución federal, con el que se condenara a la inanición pues, conforme Jaffin, “el poder de la Corte Suprema para rever las decisiones de las Cortes estatales en las cuestiones constitucionales le fuera concedido por el Congreso el la 25ª sección del primero Judiciary Act de 1789; y el ejercicio de ese poder ha sido una de las funciones vitales de la Corte, antes y después de la 14ª enmienda. No es necesario meditar mucho para percibir que, como resultado de su propia decisión, la Corte se condenara, involuntariamente, al suicidio por inanición progresiva, porque, en número siempre creciente de Estados, en los que el procedimiento de la sentencia declaratoria era considerado recurso eficiente para probar la constitucionalidad de las leyes, habría inevitable disposición para convertirlo en medio exclusivo de iniciar litigio constitucional, para evitar, así, que la Corte pudiera ejercer su jurisdicción de apelación. En otras palabras: la decisión de última instancia de la Corte del Estado, relativamente a la constitucionalidad de una ley del Estado, escaparía a la apelación y revisión de la Corte Suprema Federal. (Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, ob. cit. p. 8).



Esta técnica, que consistía en un juzgamiento declaratorio acerca del contenido del derecho y de las obligaciones legales de los justiciables – el que suscitaba un carácter preventivo al control- solo llegaría a los tribunales tras 1934, al ser autorizado por acto del Congreso<sup>381</sup>.

El paso siguiente representaría una objetivación en el modo de control difuso. El interés público en el sistema de la *judicial review*, conforme acentuara Kelsen, vendría ser reconocido por el *Judiciary Act*, de 24 de agosto de 1937, que preveía “la intervención del Gobierno de los Estados Unidos, en apelación directa al Tribunal Supremo<sup>382</sup> y la regulación de expedición de *injunctions* en algunos casos referentes a la constitucionalidad de las leyes del Congreso y para otros propósitos”<sup>383</sup>.

Por medio de la *injunction* el justiciable, ante la inminencia de sufrir efectos de la aplicación de una ley que entiende inconstitucional, pide al juez que le expida un orden que interdicte a la autoridad o el funcionario a la ejecución del acto legislativo correspondiente<sup>384</sup>.

Según Francisco Fernández Segado, esta ley concedió al Gobierno el derecho de recurrir ante el Tribunal Supremo una sentencia por la que una ley federal fuera declarada contraria a la Constitución, lo que posibilitaba al Gobierno federal el derecho de intervenir en cualquier acción entre particulares, convirtiéndose en una de las partes a efectos de la presentación de pruebas y de la argumentación de la cuestión constitucional. Y, sin duda, esta ley vino a relativizar la concepción subjetivista del proceso de control de constitucionalidad imprimiéndole un perfil objetivado y, incluso, con la admisión del *amicus curiae*, ha conferido al proceso un colorido diferenciado, un carácter pluralista y abierto<sup>385</sup>.

Pero tres reformas legislativas transformaron todavía más el proceso de control de constitucionalidad norteamericano en un proceso judicial diferenciado. En 1891 una ley<sup>386</sup> confirió a la Corte Suprema, por la primera vez, poderes discrecionales para el juzgamiento de determinados casos. En 1925, este poder de rechazo por parte del tribunal fue significativamente ampliado<sup>387</sup>. En tiempos más recientes, en 1988, una nueva reforma

---

<sup>381</sup> Es lo que apunta Paulo BONAVIDES, in *Curso de direito constitucional*, p. 316. Pero, según Sacha Calmon Navarro COELHO, han sido las Cortes estaduais las que primero admitieron la acción declaratoria como instrumento procesal idóneo para el control de constitucionalidad de las leyes (ob. cit. p. 82).

<sup>382</sup> Tres son las jurisdicciones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos: 1) la de tribunal de primera instancia; 2) la de tribunal de apelación y; 3) la de de tribunal de revisión judicial (*judicial review*) en última instancia. La original o de primera instancias es la única que esta recogida expresamente en la Constitución, y se refiere a los procesos que afectan a embajadores, cónsules, miembros del gobierno, etc. La mayor parte de su actividad cae dentro de la jurisdicción de apelación. (cfr. ALCARAZ VARÓ, Enrique, CAMPOS PADILLOS, Miguel Angel y MIGUÉLEZ, Cyntia, ob. cit. pp.39-40).

<sup>383</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La obsolescencia de la bipolaridad “modelo americano-modelo europeo-kelseneano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa*, ob. cit. p. 31.

<sup>384</sup> BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, p. 316.

<sup>385</sup> Ídem, p. 31.

<sup>386</sup> La imposibilidad del Tribunal Supremo atender el elevado numero de recursos dio origen a la *Circuit Courts of Appeals Act de 1891*, por la que se restringió el recurso de apelación contra las resoluciones de los tribunales federales a una sólo instancia, la de *The Circuit Court of Appeals*, excepto en determinados procesos de importancia pública excepcional cfr. VARO y *et al*, Ob. cit. p. 41).

<sup>387</sup> En el año de 1925, *The Judges Act de 1925* estableció la diferencia entre recurso y auto de avocación, con lo que permitió que el Supremo pudiera regular el volumen de recursos solicitados, ya que sólo atendería los exigidos por ley expresa, y en los demás crearía una especie de filtro por medio de la solicitud del *writ of certiorari*. (cfr. VARO y *et al*, Ob. cit. p. 41).

acabó por eliminar, prácticamente, la jurisdicción de apelación, de carácter obligatorio, en relación a los tribunales federales.

Tales transformaciones han impuesto no sólo una dimensión objetiva al proceso, alejándolo de la concepción original, sino que ha producido una mutación en la configuración del Tribunal Supremo, que de tribunal de cúpula y de casación máximo del poder judicial, ha asumido poderes discrecionales que le permite ser casi exclusivamente órgano de justicia constitucional. Al respecto dice Fernández Segado:

“Por la vía del *writ certiorari*, la *Supreme Court* se ha venido limitando progresivamente a ejercer su control tan sólo en lo concerniente a las cuestiones de mayor relevancia, que son, por lo general, cuestiones constitucionales. En definitiva, la revisión no constituye una cuestión de Derecho, sino de discreción judicial, y únicamente es concedida por el Tribunal cuando existan razones especiales e importantes para ello, lo que permite una elección *ad libitum* y enteramente discrecional, circunstancia que ha posibilitado que la *Supreme Court* se convierta en “el árbitro de la forma de gobierno federal”, acentuándose por todo ello su rol como órgano político”<sup>388</sup>.

En la actualidad, por tanto, señalan Varó y *et al*, “dos son las vías de acceso (*routes*) a la jurisdicción de revisión judicial del Supremo: el auto de avocación (*writ of certiorari*) y el recurso de apelación (*appeal to the court*). En la primera vía, el recurrente (*petitioner*) pide (*petitions*) al Supremo que dicte (*gran*) un auto de avocación (*writ of certiorari*) con el fin de que éste pueda revisar la sentencia dictada (*judgment given*) por un tribunal inferior: la diferencia entre el auto de avocación y el recurso de apelación reside en el hecho de que la apelación obliga al Supremo a revisar la sentencia del tribunal inferior siempre que una ley autorice el recurrente (*authorizes the petitionis/appellant*) a pedirlo, mientras que el auto de avocación es una prerrogativa o discrecionalidad (*discretion*) que tiene el Supremo para entrar a conocer de un asunto (*hear case*). Por tanto, hay dos formas de revisión judicial en el Supremo: revisión por medio de auto de avocación (*review on a writ of certiorari*) y revisión por medio de recurso directo (*direct appeal*)”<sup>389</sup>.

En conclusión, la evolución legislativa que ha transformado la *judicial review* desde fines del siglo XIX responde a una clara necesidad de adaptación de un modelo que nace centrado en el control de casos, en la solución de litigios, es decir, en una concepción típicamente judicial de prestación de tutela a derechos, para acoger de manera decidida una función fundamentalmente de jurisdicción constitucional.

Asimismo, como aparece claramente de los estudios acerca del *stare decisis*, el derecho de *Common Law*, naturalmente creativo, adquiere una dimensión todavía más creativa en la tarea de control de constitucionalidad. Y el Tribunal Supremo norteamericano cambia al largo del tiempo: de órgano de cúpula del poder judicial y revisor de las sentencias judiciales, para la posición de tribunal de defensa de la Constitución, lo que implica sencillamente reconocer su supremacía en el cuadro de los tres poderes en aquella federación, aunque se intente siempre matizar dicha verdad, dadas las aristas que conllevan tal afirmación, que a lo sumo remeten a la eterna cuestión de la legitimidad del control de constitucionalidad.

Esta centralidad de la Suprema Corte, obtenida básicamente por la actividad de control de constitucionalidad, puede explicarse por las condiciones muy peculiares en medio a las que ha nacido y desarrollado la *judicial review*. Conforme hemos apuntado, entre los factores que lo han favorecido, ciertamente, estaba el hecho de que el surgimiento

---

<sup>388</sup> Ob. cit. pp. 34-35.

<sup>389</sup> Ob. cit. pp. 40-41.

del control de constitucionalidad es coetáneo a la propia construcción del Estado Norteamericano, el que impondría una actuación limitadora del poder político en defensa de los derechos y garantías individuales<sup>390</sup>.

El método instrumental del *Common Law*, con el que se podría controlar la ley por caso, sostenía la idea de que la Corte no hacía más que cumplir su cometido constitucional de defensa de los derechos individuales, frenando el poder político, desde el derecho dictado por Inglaterra, en nombre de las libertades constitucionales. El derecho norteamericano siempre ha sido comprendido como derecho del individuo; todo conflicto es un conflicto de naturaleza individual y el control difuso de constitucionalidad, por supuesto, no podría ser visto de manera diferente: surge incidentalmente, solo como un juicio necesario sobre la cuestión perjudicial de saber si la ley aplicable al caso es o no constitucional.

Además, sostenía la teoría de que, estando el poder político en manos del pueblo, que simplemente lo delegaba a sus representantes, el control del ejercicio de ese poder político solo podría hacerse en los términos fijados por la Constitución, por el Poder Judicial, a lo sumo por la Suprema Corte, siempre que la ley pudiera ser contraria a aquellos principios y valores establecidos en la *Higher Law*<sup>391</sup>.

Entre los juristas es muy común la afirmación de que la Suprema Corte Norteamericana es el principal órgano de poder en los Estados Unidos de América, ocupando posición central en la solución de temas políticos transcendentales en aquella sociedad<sup>392</sup>, especialmente por la capacidad que ha tenido de adaptarse a los cambios sociales. Pero no se puede dejar de recordar que el camino de la afirmación de la actividad de control de las leyes no se ha hecho de manera romántica, sin vacilaciones, ni mucho menos ha sido tan intensa en los primeros tiempos como se podría pensar<sup>393</sup>; más bien, ha conocido duras críticas<sup>394</sup> en su devenir histórico y la autoridad de la Suprema Corte ha llegado a quedar disminuida o desautorizada en por lo menos una vez<sup>395</sup>.

---

<sup>390</sup> Mientras en Estados Unidos se daban las condiciones materiales, derivadas de la firme determinación de su pueblo de construir una patria, un país, una nación independiente, impulsando tempranamente un fuerte desarrollo económico-social, el derecho, como técnica de organización del poder y de protección a la libertad individual si formara influido de fuerte pragmatismo en la tutela de derechos individuales.

<sup>391</sup> Esta idea era revolucionaria en relación al mito de la Supremacía del Parlamento, donde se tenía la concepción sostenida por el jacobinismo histórico, de que la convención era la expresión absoluta de la voluntad general, como el sitio donde el Espíritu Santo reposa, o en términos más secularizados, el espíritu colectivo infalible y certero, en una suerte de unión mística lograda a través de un debate incesante y de la catarsis que este procura (Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, p. 164).

<sup>392</sup> “La historia constitucional de los Estados Unidos ha más de un siglo tiene sido en larga medida la historia de la Suprema Corte y de sus sentencias en materia de control de constitucionalidad.” (BONAVIDES, Paulo, *Curso de derecho constitucional positivo*, p. 312).

<sup>393</sup> Tras el caso *Marbury versus Madison* en 1803, la Suprema Corte ha tardado 52 (cincuenta y dos) años hasta declarar la inconstitucionalidad de ley en el caso *Dred Scot* en 1857. La doctrina del control de constitucionalidad en el inicio estuvo abalada en, por lo menos, tres casos: el primer, el de la propuesta de *impeachment* del juez Samuel Chase, en el que Marshal llegó a proponer la creación de un tribunal dentro del propio Congreso, fuera y encima de las Cortes regulares, abdicando así de la doctrina de la supremacía del Judiciario. Pero, como el *impeachment* fuera rechazado, Marshal se ha callado. El segundo, en el caso *McCulloch versus Maryland*, 4 Wheat, 316, en 1819, cuando de la declaración de constitucionalidad del Banco de los Estados Unidos, en el que se ha desarrollado la doctrina de los poderes implícitos de la Unión; y el tercero, por la oposición de Lincoln en cumplir la decisión proferida en el caso del esclavo *Dred Scot*, en 1857 (Cfr. BITENCOURT, C. A. Lúcio, ob. cit. pp. 14-15).

<sup>394</sup> La crítica original radica en la propia cuestión ética, por la intervención de Marshal en una cuestión en que tenía interés personal directo, ya que era antes Secretario de Estado del Presidente Adams y colaborara en los nombramientos de funcionarios en el último día de gobierno de aquel presidente, de entre ellos Marbury,

Excedería mucho de nuestro objetivo un repaso de la historia y evolución de la Suprema Corte norteamericana. Sin embargo, dado que los cambios en el control de constitucionalidad en aquel país se han producido menos por vía legislativa y más por la interpretación constitucional, como parte de la historia y los condicionamientos políticos, económicos y sociales de su pueblo, nos parece útil mencionar las principales etapas de la historia de aquel máximo Tribunal Norteamericano<sup>396</sup>.

El primer aspecto que debe apuntarse es que, por medio del control de constitucionalidad de las leyes, la Suprema Corte Norteamericana no ha tenido una actuación homogénea y, consecuentemente, no ha ocupado la misma posición de centralidad dentro del sistema político. Tras la consagración de la *judicial review*, conforme hemos adelantado, el Tribunal ha tardado cincuenta y dos años para declarar la inconstitucionalidad de ley y sólo en 1890 ha empezado a tomar parte de la política norteamericana, habiendo adoptado, hasta 1937, gran activismo en defensa de un liberalismo económico sin límites.

Son de esta época las más contundentes críticas dirigidas a la Suprema Corte. La tesis de un “gobierno de los jueces”, como un gobierno sin legitimación democrática, sin responsabilidad, sin capacidad tampoco de responder a las demandas de las sociedades actuales, tuvo origen en las replicas de Theodore Roosevelt, en 1913, a las primeras sentencias en que el la Corte aplica el que se ha llamado el “darwinismo jurídico”, esto es, el liberalismo salvaje, que condena toda intervención legislativa en la vida económica<sup>397</sup>.

---

nombrado juez de paz, cuyo acto no llegó a oficializarse, por falta de tiempo, el que ha generado la demanda ante el Supremo Tribunal para compilar Madison a darle posesión en el cargo. Pero muchas otras sucederían.

<sup>395</sup> Lincoln, reconocido demócrata y enemigo de la supremacía del Judiciario, rehusó obediencia a la decisión de la Suprema Corte que, en el caso *Dred Scott versus Stanford* declaró inconstitucional el llamado “Missouri Compromiso”. Referida ley hubiera prohibido la esclavitud en los territorios y fuera juzgada inconstitucional por la Corte al fundamento de afronta a la V enmienda, pues la ley permitía que el propietario del esclavo fuera privado de su bien sin el debido proceso legal. La sentencia dijera que los negros no poseían capacidad jurídica y, por ello no eran ciudadanos. Tal decisión fuera recibida con escarnio por la prensa antiesclavista del norte y sus efectos duraron poco tiempo, hasta que la 14ª enmienda ha extendido la ciudadanía a todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción (Cfr. POLETTI, Ronaldo, ob. cit. p. 45).

<sup>396</sup> La historia de la Suprema Corte Norteamericana suele ser dividida en etapas, en las que, en ocasiones, el nombre de sus Justices figura a la cabeza de cada una de ellas. La era Marshal es mencionada como la primera, por referencia al surgimiento de la *judicial review* como su obra de creación, que inicia en 1801 y se encierra en 1835 con su muerte, época en que se produjo la centralización del poder nacional. Enseguida vino la era Taney (de 1836 a 1894), en la que se ha reducido las inmunidades de las corporaciones y ampliado la legislación social. En esa época la federación del principio de la supremacía nacional fue sustituida por la del doble federalismo (Both Cases), que vigoró hasta 1937; aparecieron las 5ª y 14ª enmiendas, consubstanciando las cláusulas del *due process of law* como garantía de naturaleza procesal, hasta el caso *Dred Scot versus Stanford*, cuando la Suprema Corte le dio el sentido de protección de derechos substantivos. En este período el federalismo fue desarrollado de manera pendular, ora fortaleciendo el poder nacional, ora el poder de los estados. En la época posterior a Taney (1895 a 1937), surge los grandes nombres de los Justices Fuller, Tolt, Hughes, Holmes, Brandeis y Cardoso, que se equivalen a Marshal, Store y Taney. En esa época hubo un grande desarrollo del control de constitucionalidad, en la que se restringió los poderes gubernamentales y se amplió los poderes de los estados, se impulsó el mundo de los negocios, se dio protección exacerbada al capitalismo, pero que la Suprema Corte supo amoldarlo jurídicamente a la Constitución; basada en la enmienda 14ª, la Corte se ha transformado en árbitro no solo de vida jurídica, pero de los destinos políticos de la nación, declarando un derecho natural super constitucional; las leyes pasaron a ser de *legibus* y no apenas *secundum leges*. No se examinaba la constitucionalidad formal, pero la propia materialidad de la norma, frente a principios superiores a la propia Constitución. Con Roosevelt se inicia una nueva era para la política de Estados Unidos y para la Suprema Corte (Cfr. POLETTI, Ronaldo, ob. cit. pp. 42-46).

<sup>397</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, p. 168. Ha sido sobre la base de las críticas de que “los jueces americanos se ha atribuido unilateralmente el papel de

El ejemplo clásico de este período es el caso *Lochner versus Nueva York*, en 1905, en el que una ley del Estado de Nueva York había establecido un límite máximo de diez horas de trabajo a la semana y seis horas en los fines de semana para los panaderos y la Corte decidió que la legislación protectora de los derechos de los empleados era inconstitucional, pues limitaba la libertad de contrato protegida por la XIV Enmienda a la Constitución Federal. Sentara el Tribunal que, de acuerdo con esta enmienda, ninguno estado puede limitar el derecho de cualquier persona a la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal, es decir, el Tribunal si atribuyera el poder de controlar el ejercicio justo, razonable y apropiado del poder de policía del Estado, inaugurando modelo de interpretación que se llamó el “debido proceso legal sustantivo”, por medio del que se pasaría a controlar los fines escogidos por el sistema representativo y, todavía, a seleccionar los medios<sup>398</sup>.

El gobierno de Roosevelt, en 1933, empieza con muchas medidas legislativas para enfrentar los efectos de la depresión económica de 1929. Era el *New Deal*, contra el que la Corte hizo sucesivas declaraciones de inconstitucionalidad (doce de 1934 a 1936). Tras su reelección triunfal, Roosevelt sometió al Congreso un plan de reforma del judicial por el que facultaba el retiro de los jueces a los setenta años de edad, con sus vencimientos integrales, o el nombramiento de jueces suplentes a aquellos que no lo hiciesen, el aumento del número de los jueces de la Suprema Corte, de nueve para quince, la intervención obligada del Procurador-General, o de un representante de los Estados Unidos, en los procesos en que se arguyera la inconstitucionalidad de ley federal, y varias otras medidas de orden procesal, incluyendo la suspensión de concesiones de liminares de *injunction* sin previa y amplia notificación al Procurador-General, y oportunidad para el gobierno presentar prueba y ser oído, así como la posibilidad de apelación directa y inmediata para la Corte Suprema, cuando los jueces de primera instancia decidiesen cuestiones de constitucionalidad<sup>399</sup>. El proyecto terminaría rechazado por el Senado.

La gran crisis constitucional que pone en marcha el enfrentamiento del Tribunal Supremo con el *New Deal* del segundo período Roosevelt solo es cesada tras 1937, cuando el Tribunal cede y cambia su jurisprudencia: primero en marzo, reconociendo la constitucionalidad de una ley de un Estado sobre salarios mínimos, análoga a que nueve meses antes había negado el derecho de promulgar; en abril, sancionando la validez de la básica Ley Sindical (*National Labor Relations Act*), dejando claro que la Corte cedía ante la presión política directa con que Roosevelt le enfrentó abiertamente<sup>400</sup>.

---

legislador irresponsable”, que Edoard Lambert ha escrito el libro *Gobierno de los Jueces* en 1921, tema que ha resurgido periódicamente en Estados Unidos. Así, en 1932, Louis Boudin publica un libro con un título análogo *Government by Judiciary* (Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., in *La constitucional como norma y el tribunal constitucional*, p. 168). André Ramos TAVARES, sin embargo, señala que Lambert ha aprovechado de esa expresión constante de un estudio anterior de Boudin, de 1911, en contra del control de la oportunidad de las leyes (in *Teoria da constituição*, p. 94).

<sup>398</sup> VIEIRA, Oscar Villena, *Supremo tribunal federal: jurisprudencia política*, 2ª ed., Malheiros, São Paulo, 2002, p. 67.

<sup>399</sup> En discurso de su presentación dijo: “En tanto que nación, estamos en la situación en que es preciso tomar medidas para salvar la Constitución de las garras del Tribunal”. Ello porque “los tribunales han destruido el equilibrio de poderes entre las tres ramas del gobierno federal, oponiéndose así directamente a los grandes objetivos que se habían fijado los redactores de la Constitución” (Ob. cit. pp. 168-169).

<sup>400</sup> Sin embargo, dice GARCÍA DE ENTERRÍA, “parece ser que la primera deliberación precedió en un mes a la publicación del proyecto de ley de reforma y su envío a las Cámaras. Inmediatamente se producen una serie de bajas en el tribunal (alguna como la de juez Van Devanter, estimulada por una ley que aumentaba los beneficios del retiro), bajas que Roosevelt se apresura a colmar con jueces “liberales”; en 1941 no quedaba ya más que un juez pre-rooseveltiano” (in *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, p. 169).

En razón de esta fuerte reacción del Ejecutivo, acompañada de una amplia renovación en el cuadro de sus jueces, el Tribunal pasa a se auto-restringir, adoptando postura que quedó conocida como doctrina de la moderación judicial. De acuerdo con esta doctrina, a la Corte solo cabe declarar una ley inconstitucional cuando sea frontalmente contraria al texto expreso de la Constitución. Al parlamento, federal y de los estados, debe entregarse, como representantes de la voluntad de los electores, el poder de decidir sobre los rumbos de la política. Como resultado de esta nueva doctrina, de 1937 hasta 1955 apenas una ley fue declarada inconstitucional por la Suprema Corte<sup>401</sup>.

En el caso *West Coast Hotel Co. versus Parrish*, en 1937, en una decisión de mayoría apretada de cinco *Justices*, la Suprema Corte decidió que el establecimiento de salario mínimo por los legisladores estatales no era una violación del derecho de propiedad o de libertad contractual. Esta resolución ponía fin a la llamada “Era Lochner”, en que el derecho de propiedad, entendido como natural, no podía ser suspendido por medida legislativa<sup>402</sup>.

En el caso *NLRB versus Jones & Laughlin Steel Corp.*, aún en 1937, en el cual la Corte Suprema declaró constitucional el derecho del gobierno federal intervenir en la esfera económica (*Nacional Labor Relations Act*), quedó muy claro que el Tribunal retrocedía, como estrategia de defensa frente a las amenazas del plan Roosevelt que se discutía en el Senado. El juez Roberts, antiguo adversario del *New Deal* o de cualquier forma de interferencia del Estado en la esfera del derecho de propiedad, cambia su forma tradicional de votar, asegurando mayoría de cinco votos favorables a la ampliación de competencias de la Unión y de los Estados, removiendo los obstáculos constitucionales al desarrollo de un modelo de estado de bien-estar en la América del Norte<sup>403</sup>.

En los años siguientes la Suprema Corte ha restringido todavía más su papel de supervisor de la actividad legislativa de la Unión en la esfera económica, retirando básicamente todos los obstáculos constitucionales a la mayoría parlamentaria. Ha sido solo con el nombramiento de Earl Warren como *Chief Justice*, en 1953, que la Suprema Corte ha vuelto a ocupar papel de destaque en el escenario político institucional norteamericano. Warren ha llevado la Corte a romper con precedentes y a adoptar una agenda que ha cambiado el perfil de los Estados Unidos en los años sesenta.

El caso *Brown versus Board of Education of Topeka*, decidido por la Suprema Corte en mayo de 1954, marca profunda alteración en los límites de acción que aquel Tribunal se había impuesto en materia de derechos fundamentales, pasando a decidir activamente; es decir, en línea con algunas Cortes Europeas, empieza a decir el que debería hacerse para cumplir la voluntad de la Constitución, o sea, determinaba acciones positivas al Estado.

---

<sup>401</sup> Esta doctrina fue expresada por el Presidente Stone, de la Suprema Corte, con el siguiente comentario: “ha aproximadamente setenta y cinco años he aprendido que no era Dios. Y así, cuando los habitantes de varios estados desean hacer alguna cosa que la Constitución no prohíbe expresamente, digo yo, me guste o no: que se dañe, si quieren hacer ¡que lo hagan!” SCHWARTZ, *apud* VIERA, Oscar Villena, ob. cit. p. 68.

<sup>402</sup> El Chief Justice Hughes, el redactor, formuló la siguiente proposición: “La violación alegada por aquellos que atacan la reglamentación del salario mínimo para mujeres es de que esta viola la libertad contractual. ¿Qué es la libertad contractual? La Constitución no habla de libertad contractual. Habla de libertad y prohíbe la privación de esta libertad, sin el debido proceso legal. Reglamentación que sea razonable en relación al su objeto y adoptada en el interés de la comunidad es *due process of law*.” (Cfr. VIERA, Oscar Villena, ob. cit. p. 76).

<sup>403</sup> El cambio de Roberts, en el exacto momento en el que la propuesta de *court parking* estaba siendo considerada por el Senado, quedó conocido como *the switch in time that save nine* (el cambio en tiempo que salvó nueve) (VIERA, Oscar Villena, ob. cit. p. 77).

Esta decisión ha puesto fin a la doctrina iguales pero separados, manifestada por la Corte en el caso *Plessy versus Ferguson* en 1896. En esta resolución dictada treinta y nueve años después de la de *Dred Scott versus Standford* de 1857 - en la que la Corte ha dicho que los negros no tenían ciudadanía bajo la Constitución- el Tribunal Supremo de los Estados Unidos reconociera la igualdad entre negros y blancos, pero estableciera la separación o segregación entre ellos.

El ponente de la famosa resolución de 1954 ha sido el propio Presidente de la Corte, *Justice Warren*, quien, al alejar la idea de que igualdad en factores objetivos en el sistema de educación, como currículo, salarios de profesores, alojamiento etc, pudiera proporcionar un ensino igualitario entre negros y blancos, ha concluido que la segregación de los niños en las escuelas publicas con base en su raza, aunque sus condiciones físicas y otros factores tangibles sean iguales, privan niños de un grupo minoritario de igual oportunidad de educación. “En el campo de la educación pública la doctrina del *separate but equal* no tiene lugar. Locales diferentes para educación son inherentemente desiguales”<sup>404</sup>.

En los años setenta la Suprema Corte consolida un método para evaluar la constitucionalidad de normas que vulneren el principio de igual protección, a partir del establecimiento de distintos patatares de fiscalización. Discriminaciones basadas en la raza o impuestas a otras minorías deberían ser sometidas a un control más estricto – *strict scrutiny*- por parte del judiciario, siendo frecuentemente consideradas inconstitucionales. Por otra parte, clasificaciones que representasen discriminaciones de grupos no minoritarios quedarían sometidas a patrón menos riguroso de control.

Tras ese período la Suprema Corte actúa, en diversos casos, de manera a desarrollar una doctrina muy activa en el campo de los derechos civis, en temas como la cuestión de la igualdad<sup>405</sup> racial, frente a las llamadas políticas de cotas a favor de las minorías para entrada en las universidades<sup>406</sup>, el aborto<sup>407</sup>, la democracia o el derecho al sufragio en la máxima “un hombre un voto”<sup>408</sup>.

El estudio de la experiencia de la Suprema Corte permite constatar, conforme hemos visto en breve relato, una evolución significativa en su papel de Tribunal Constitucional por medio de la función de control de constitucionalidad de las leyes, que le conferido la centralidad que posee en la actualidad, pese que no estuviera salva, en el inicio del siglo XX, de serias dificultades que amenazaban su propia autoridad y respecto.

Ha sido posible observar, que la expresión activismo judicial es expresión lingüística pasible de más de un significado y que, por tanto, no es sinónimo de una actuación socialmente progresista del juez en relación al legislador, incluso porque el propio término progresista depende de una referencia necesaria a valores. Puede decirse, así, que la postura jurisprudencial que privilegie el principio democrático, tanto cuanto la que privilegie una mayor intervención del Tribunal Constitucional en el control de constitucionalidad de las leyes, no indica, *a priori*, grado alguno de progreso social; todo es una cuestión de contenido<sup>409</sup>.

---

<sup>404</sup> VIERA, Oscar Villena, ob. cit. pp. 81-82.

<sup>405</sup> Por ejemplo: en el caso *New York City Transit Authority versus Blazer*, de 1979.

<sup>406</sup> Por ejemplo: en el caso *Regents of the University of California versus Bakke*, de 1978.

<sup>407</sup> El caso *Roe versus Wade*, en 1973 es el más famoso.

<sup>408</sup> El caso *Reynolds versus Sims*, de 1964, es paradigmático.

<sup>409</sup> “Activismo judicial no es sinal de una corte socialmente progresista. Así como un tribunal más recatado no significa necesariamente conservadurismo. Pues cuando la Corte se abstiene de interferir y bloquear medidas progresistas, ella atiende a los intereses de esta ideología circunstancialmente promovida por la

De los juicios de la llamada “Era Lochner” se pudo constatar que la interpretación de la Suprema Corte era basada en la ideología política del liberalismo económico – el *laissez faire, laissez passer*- en cuya defensa se ha utilizado el mecanismo del control de constitucionalidad como arma de bloqueo a las medidas de intervención en la economía que promovía el gobierno Roosevelt. El Tribunal, de este modo, atribuya a si mismo el poder de guardar un modelo de gobierno que pensaba ser el único constitucional.

Pero, con el cambio que se hizo necesario después de la crisis de 1929, la Suprema Corte evoluciona para admitir el pasaje para el Estado de Bien-estar Social, y, en mediados de los cincuenta, ya en la llamada “Era Warren”, retoma una posición de mayor intervención en la esfera política al reconocer otros valores dignos de protección constitucional, incluso de las minorías, que habrían de ser desarrollados por vía judicial en consecuencia de las transformaciones sociales experimentadas en los más variados campos del conocimiento humano.

A modo de conclusión de ese tópico parece oportuno reproducir, con Paulo Bonavides, tres principales causas que han concurrido poderosamente para el establecimiento de un control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes en Estados Unidos<sup>410</sup>.

La primera, señala, es decurrente de la naturaleza del sistema federativo: la dualidad de ordenamientos estatales y jurídicos produce frecuentes y agudos conflictos de competencia. Esos conflictos, por su delicadeza y gravedad, puede comprometer todo el orden y armonía del sistema, si no hay una instancia suprema con entera autoridad para dirimir las controversias constitucionales resultantes de las relaciones federativas.

La segunda causa radica en la acentuada conciencia nacional de defensa de los derechos fundamentales, en el carácter profundamente liberal de la sociedad americana, en el espíritu de sus instituciones.

La tercera causa presentada por el autor, que entiende todavía derivada de la tradición política que viene desde el advenimiento constitucional de los tres Poderes, con un Legislativo siempre refrenado y limitado, hasta mismo por los recuerdos de sus antecedenencias coloniales; un Legislativo que difícilmente podría acoger ambiciones pertinentes al ejercicio de un monopolio de poder.

Ahora bien, volviendo a la fase actual de aquel derecho, un último apunte no podría dejar de hacerse: y es el relacionado con el suceso ocurrido el 11 de septiembre de 2001, fecha en que se produjo el más grave de los atentados terroristas de la historia de los Estados Unidos.

Tras el pánico que este hecho ha causado, en aquel país se ha adoptado un amplio conjunto de medidas legislativas destinadas a aumentar la fiscalización y vigilancia de puertos y aeropuertos y a mejorar el funcionamiento de diversas agencias administrativas, como FBI, CIA o el INS etc. Pero, el más importante de esas medidas ha sido la aprobación de la “Ley destinada al fortalecimiento de la cohesión interna de los Estados Unidos mediante la creación de los instrumentos jurídicos adecuados para la detección y la obstrucción del terrorismo” (*Uniting and Strengthening America by*

---

voluntad de la mayoría. Pero caso la voluntad de la mayoría este promoviendo intereses conservadores, abstenerse a favor de la voluntad de la mayoría significa permitir la consolidación de esos valores” (VIEIRA, Oscar Villena, ob. cit. p. 62).

<sup>410</sup> Ídem, pp. 316-317.



*Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*), mas conocido conocida como *The US Patriot Act* o por el acrónimo USAPA<sup>411</sup>.

Referido diploma, que tiene 1016 artículos, promulgado el octubre de 2001, es considerado un instrumento legislativo extraordinario, tanto por su extensión, como por su ámbito de aplicación, puesto que afecta a más de quince leyes diferentes, en las que se introduce enmiendas, nuevos artículos, se cambia el sentido y la extensión de las definiciones técnico-jurídicas de algunos términos etc. En resumen, en aras de la seguridad nacional fueron redactadas diversas disposiciones destinadas a:

- a) aumentar las facultades del poder ejecutivo, restringiendo de forma temporal tanto las que posee el poder judicial en la llamada *judicial review* de los actos de la administración como las de control del ejecutivo que llevan a cabo las dos cámaras;
- b) ampliar las competencias de los organismos encargados del orden público en sus labores de vigilancia y recogida de información respecto de las posibles actividades terroristas; y
- c) mejorar los instrumentos de intercambio de información relacionada con actividades de espionaje, etc.

Es indudable, pues, que los cambios legales derivados del recrudecimiento del terrorismo, que en verdad es hoy un fenómeno que afecta a muchos países, producirá – y creo que ya esté produciendo- serias implicaciones en el control de constitucionalidad de las leyes en el derecho norteamericano, en la medida que, dada la extensión y profundidad de esas medidas legislativas, el Poder Ejecutivo se ha investido de una zona de discrecionalidad –superpoderes-, por medio de los cuales puede ponerse al margen de la actividad fiscalizadora del Poder Judicial y del Legislativo, a riesgo de restricciones de derechos fundamentales, incluso al que atañe a derechos y libertades individuales básicos, como se tratara de un verdadero estado de guerra.

Es previsible, por tanto, que la *judicial review*, fruto de la experiencia en el proceso socio-político y económico de la nación norteamericana, podrá haber ingresado en una nueva etapa, en la que, respondiendo a nuevas demandas por seguridad jurídica inmediatas, produzca nuevas técnicas procesales tendientes a afrontar cuestiones de inconstitucionalidades planteadas por leyes dictadas por el gobierno en nombre de la supuesta “Razón de Estado” – o Estado de Guerra -, tendencialmente crecientes en el mundo occidental.

Habrà que ver hasta que punto la Suprema Corte norteamericana estará dispuesta a transigir en su misión de supremacía en defensa de la Constitución en nombre de una supuesta seguridad de Estado – o de gobierno- sin permitir la cristalización de un Estado policial, en el que el Poder Ejecutivo se volvería en el centro casi absoluto del poder, creando para si inmunidad material de control, por largo tiempo, el que, por cierto, podría representar un estímulo para el retroceso de la institución control de constitucionalidad en otros países.

De todo ello sobresale el carácter dinámico del control de constitucionalidad que, como una institución humana destinada a afrontar problemas políticos concretos, deberá ser capaz de cambiar y adaptar sus mecanismos a los desafíos que le plantean las

---

<sup>411</sup> ALCARAZ VARÓ, Enrique, CAMPOS PARDILLO, Miguel Angel y MIGUELEZ Cyntia, *El Inglés jurídico norteamericano*, 2ª ed., Ariel Derecho, Barcelona, 2002, p. 25.

sociedades históricamente, pero, fundamentalmente, sin renunciar su misión última de control del poder.

## 2) Evolución del modelo europeo de control de constitucionalidad

Desde los orígenes del constitucionalismo – y hasta antes de este movimiento que empieza en el siglo XVIII<sup>412</sup>-, han surgido en las diversas *formas de organización del poder político* ideas o formulas de control del poder, sino como formulas bien definidas al menos como formulas embrionarias que han impactado o influido de cualquier modo la formación de uno y otro sistema de control de constitucionalidad. En verdad, puede notarse cierta identidad en muchos de los ideales constantes de las revoluciones norteamericana y francesa<sup>413</sup>, incluso en el que se refiere a la organización de los poderes y comprensión sobre la necesidad del control del poder en defensa de los derechos fundamentales.

El influjo de las dos grandes revoluciones del siglo XVIII, dos marcos decisivos del movimiento constitucional<sup>414</sup>, despegara por todo el mundo occidental ideales universalistas que dominaron ampliamente las sociedades de la época, condicionando buena parte de los textos constitucionales que se siguieron y que todavía hoy siguen siendo, en buena parte, representativos de aquellas ideas básicas que consubstancian el Estado de Derecho<sup>415</sup>, que más tarde ha evolucionado para el que se habla hoy Estado Constitucional de Derecho<sup>416</sup>.

Pero, los distintos efectos de estos influjos en cada país respecto a la organización del Estado, distribución y control del poder político y protección a derechos, siempre muy dependientes de la realidad política y social concreta y de las concepciones ideológicas de los gobernantes, hicieron surgir instrumentos de control de normas de diferentes grados e estilos.

---

<sup>412</sup> No haremos mención a períodos anteriores al siglo XVII-XVIII, que es el nuestro punto de partida y objeto de atención, por representativo del inicio del constitucionalismo en el sentido moderno.

<sup>413</sup> Señala Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, al respecto, que “conviene tener presente que las formulaciones acogidas en las Constituciones norteamericanas de 1776 y 1787 eran ciertamente bien conocidas por varios de los más autorizados exponentes de los sucesos revolucionarios franceses, que estaban precisamente por iniciarse, acontecimientos que en el curso de algunos decenios sacudieron las bases de todos los ordenamientos estatales de la Europa centro-occidental. También cabe agregar ahora que tanto los acontecimientos revolucionarios norteamericano como los franceses, poco tiempo después, aparecieron como la consecuencia final de un largo proceso evolutivo en las instituciones de gobierno de la isla británica, así como del profundo movimiento reformista en el campo político iniciado en Francia por escritores de la Ilustración (*Introducción al derecho constitucional comparado: las formas de Estado y las formas de gobierno-Las constituciones modernas*, Fondo de Cultura Económica, México-DF, 1996, p. 506).

<sup>414</sup> Klaus STERN, al respecto señala: “En el marco del desarrollo constitucional moderno hay que resaltar de forma especial a la Constitución americana y francesa, ya que se convirtieron en modelo para el futuro” (*Derecho del estado de la república federal de alemana*, p. 196).

<sup>415</sup> La propia expresión Derecho Constitucional, según Paulo BONAVIDES, préndese al triunfo político y doctrinario de algunos principios ideológicos en la organización del Estado moderno. “Impusieron tales principios desde la Revolución Francesa, entrando a inspirar las formas políticas del llamado Estado liberal, Estado de Derecho o Estado constitucional. Consustanciaba en una idea fundamental: la limitación de la autoridad gubernativa. Tal limitación se lograría únicamente mediante la separación de poderes (las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales atribuidas a órganos distintos) y la declaración de poderes. El poder, según el liberalismo, debía moverse en orden específica, a ser trazada por la Constitución (*Curso de derecho constitucional*, p. 36).

<sup>416</sup> Cuya distinción se basa en la concepción de que la Constitución es la primera y suprema Ley, fuente máxima del ordenamiento jurídico a que todas las leyes se subordinan.

La Constitución suiza de 29 de mayo de 1874, citada por Héctor Fix Zamúdio como una de las precursoras del modelo, preveía la posibilidad de que los tribunales examinaran la conformidad de las leyes con las normas de la Constitución. Su artículo 118 disponía: “Art. 118. El Tribunal federal conoce, además: (...) 2. las reclamaciones por violación de los derechos constitucionales de los ciudadanos...”

Es cierto que el tribunal posee competencia para el control concentrado de las leyes cantonales, no las de la federación; asimismo, el control se produce solo para resolver un conflicto de competencias entre la Federación y los cantones (reclamación de derecho público) o en el enjuiciamiento de un recurso de amparo de derechos constitucionales (recurso de derecho público)<sup>417</sup>. Y es peculiar porque el parámetro de control de las leyes cantonales no es la Constitución cantonal, pero sí el derecho federal en su conjunto<sup>418</sup>.

Había también en aquel sistema un control difuso parcial porque solo las leyes cantonales pueden ser desaplicadas por los jueces y tribunales, ya que las leyes federales y los tratados están excluidos del control, incluso por parte del Tribunal Federal.

En *Alemania*, igual que en Suiza, la Constitución de Weimar también preveía un control concentrado en el párrafo segundo del artículo 13. Esta disposición señalaba que cuando surgiera dudas o diferencias de opinión sobre si un precepto del derecho de los *Länder* era compatible con el derecho del *Reich*, la autoridad central competente del *Reich* o del *Land* podía recabar el pronunciamiento de un tribunal supremo del *Reich* en los términos que una ley del *Reich* estableciera. Era, pues, un control a raíz de conflicto político.

El control difuso de constitucionalidad sobre las leyes de los *Land* era expreso en el artículo 13.1 de la Constitución, aunque el parámetro de control inmediato era el derecho del *Reich* y solo mediatamente la Constitución podría servir de parámetro, habiendo funcionado con resultados que no pueden ser despreciados. Sin embargo de que referida Constitución no llega a enfrentarse sistemáticamente al control de constitucionalidad de las leyes<sup>419</sup>, lo cierto es que ha admitido expresamente, como consecuencia del principio de primacía, el derecho de los jueces y tribunales controlar la constitucionalidad federal de las leyes de los *Länder*.

---

<sup>417</sup> CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de controle de constitucionalidad (1918-1939)*, pp. 57 y 63.

<sup>418</sup> (Cfr. TAVARES, André Ramos, in *Teoria da Constituição*, p. 121). Pedro CRUZ VILALLON acentúa que el ordenamiento constitucional suizo es el primero en superar en Europa el estricto enfoque judicial de la cuestión del control de constitucionalidad incorporando algunos institutos que suponen sin duda los primeros pasos en la formación del modelo europeo. Ello porque se inauguraba un modelo de control de constitucionalidad autónomo, concentrado y con efectos generales, aunque sometido a una radical limitación en su objeto: solo las leyes cantonales, y nunca las federales, por lo que habla tratar-se, en rigor, mas bien de un control de federalidad. Sin embargo, nota el autor que lo más característico de aquel modelo de garantía de la Constitución es la posición que adopta la protección de los derechos fundamentales, protección asumida por la Federación frente a los cantones (recurso de derecho público). Pero el dato peculiar de aquel sistema es la posibilidad de control judicial difuso de las leyes cantonales frente al parámetro federal. Sostiene el autor: En Suiza el control concentrado no desplaza al control difuso, sino que este coexiste con un alcance similar o paralelo al primero. En efecto, los tribunales suizos, tanto cantonales como federales, pueden y deben dejar sin aplicación el derecho cantonal que consideren contradice al derecho federal; el derecho cantonal es para el juez, en este sentido, no vinculante (ob. cit. p. 49 y 63).

<sup>419</sup> En el comienzo de la República de Weimar se reveló extremadamente controvertida la posibilidad de un control incidental de constitucionalidad, pero no había dudas cuanto a la legitimidad de aferición judicial de la compatibilidad del derecho estadual con el derecho federal (Art.13, II CF), sobre el examine de constitucionalidad del derecho pre-constitucional, bien como sobre la aferición de la legitimidad de los reglamentos (Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2005, p. 9).

Como nada se había dispuesto en relación al control de las leyes del *Reich*, los Tribunales van a afirmar muy pronto su facultad de examinar también la constitucionalidad de las leyes del Reich<sup>420</sup>.

**Rumania** ha adoptado también un modelo de revisión judicial de conformidad de las leyes con la Constitución. Disponía el artículo 103 de la Carta de 1923 que “Solo el Tribunal de casación tiene el derecho de estatuir en pleno, sobre la constitucionalidad de las leyes, y declarar inaplicables las que son contrarias a la Constitución. Sus fallos en la materia se limitan estrictamente al caso juzgado”<sup>421</sup>.

Así, pese tratarse de un modelo que concentraba en el Tribunal de casación la actividad de control, es innegable que se cuidara de un control judicial de las leyes ante un caso concreto, cuya eficacia de la resolución se limitaba al caso resuelto, característica del control norteamericano<sup>422</sup>.

**Italia** ha tenido un control difuso de constitucionalidad entre el período de 1948, en el que ha sido publicada la Constitución, hasta el inicio del funcionamiento de su Tribunal Constitucional en 1956, visto que la propia Constitución estableciera regla de transición para el control de constitucionalidad, que autorizaba a los jueces ordinarios desaplicar, en cada caso, las disposiciones legales que estimaran contrarias a la Ley Suprema, es decir, un control concreto, en carácter incidental, hasta que la Corte Constitucional fuera estructurada.

Otros países europeos, además, han adoptado el modelo de control judicial, como por ejemplo **Noruega**, cuyo control alcanzó aplicación paulatina por parte de los jueces, ante el silencio del texto constitucional, **Irlanda**, cuya Constitución de 1937 en su artículo 34, y **Grecia**, cuya Constitución de 1975, artículo 93, párrafo IV lo han previsto expresamente<sup>423</sup>. Es cierto que, en el que se refiere a Irlanda, la Constitución solo admite el control ante la Alta Corte (*High Court*), con apelación ante la Corte Suprema y, con respecto a Grecia, la apelación corresponde a una Corte Suprema especial, en caso de que el Consejo de Estado, la Corte de Casación o el Tribunal de Cuentas hubiesen pronunciado sentencias contradictorias en relación a la constitucionalidad de una ley o la interpretación

---

<sup>420</sup> Pedro CRUZ VILLALÓN enseña que, pese al hecho de que solo en dos supuestos de escasa trascendencia se tuviese declarado la inconstitucionalidad de una ley del Reich, “en los primeros años de vida de la CW se producen ya varias declaraciones de los tribunales del Reich afirmando el control judicial. Así, una Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Económico del Reich (*Reichsfinanzhof*), de 23 de marzo de 1921, declara la competencia de los tribunales de justicia para controlar la constitucionalidad formal y material de las leyes del Reich”. Y sería en la conocidísima Sentencia del *Reichsgericht* de 5 de noviembre de 1925 donde todo el mundo reconocería la asunción definitiva y expresa por parte del poder judicial del derecho de control judicial. Esta sentencia, sin embargo de que no llega a declarar la inconstitucionalidad de la ley sometida a control, dada la trascendencia política del caso y la claridad de los términos en los que el Tribunal se expresa, es considerada el “*Marbury vs. Madison*” de Weimar (Ob. cit. pp. 86-87).

<sup>421</sup> Cfr. FIX ZAMUDIO, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, 1ª ed., Civitas, Madrid, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, p. 147.

<sup>422</sup> TAVARES, André Ramos, *Teoria da Constituição*, p. 123.

<sup>423</sup> Apunta José Julio FERNÁNDEZ RODRIGUES que en Grecia existe, para ciertos supuestos, control concentrado, por lo que hay que considerarlo, en realidad, un modelo mixto, igual que Portugal, Chipre, Malta y otros casos de Latinoamérica, como Brasil y Argentina. Señala, todavía, que Suecia, tras la reforma de su Constitución de 1975, también posee sistema de control difuso de constitucionalidad y que, mientras en Australia, Dinamarca, Noruega y Suiza este control nace por la vía jurisdiccional, en los demás países hay previsiones normativas explícitas (*La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Tecnos, 2ª edición, Madrid, 2007, p. 31).

de una ley; por ello se llega a decir que se trata no de jurisdicción difusa, pero sí concentrada<sup>424</sup>.

Pero, el sistema introducido en la *Constitución austriaca de 1920*, basado en la metáfora del *legislador negativo*, es reconocido como el primer marco racionalizado que iba servir de modelo para el constitucionalismo de la primera posguerra. Ello es cierto del punto de vista funcional, aunque antes de Austria, cabe recordar, el primer Estado a introducir en su ordenamiento el control de constitucionalidad es *Checoslovaquia que el 29 de febrero de 1920* lo ha inaugurado en el texto de la Constitución, como el más puro de los modelos<sup>425</sup>.

El funcionamiento del control bajo la I República Checoslovaca, sin embargo, no ha pasado de ser muy incipiente, habiendo el Tribunal dictado en dieciocho años solo algunas resoluciones sobre algunas disposiciones legislativas interinas en el año de 1922, no llegando a ser resueltas las dos únicas impugnaciones de que se tienen noticias<sup>426</sup>.

El artículo 140 de la Ley Constitucional Federal por la que Austria se erige en Estado Federal, de 1 de octubre de 1920 vendría así formulado:

1. El Tribunal Constitucional conoce de la inconstitucionalidad de las leyes de land a instancia del Gobierno federal, de la inconstitucionalidad de las leyes federales a instancia de un Gobierno de land, así como de oficio en la medida que una de estas leyes sea presupuesto de una sentencia del Tribunal Constitucional.
2. El recurso mencionado en el apartado 1 puede ser presentado en cualquier momento; el recurrente debe ponerlo inmediatamente en conocimiento del correspondiente Gobierno de land o federal.
3. La sentencia del Tribunal Constitucional por la que una Ley es derogada por inconstitucional obliga al Canciller federal o al correspondiente Presidente (*Landeshauptmann*) de Land a la inmediata publicación de la derogación; la derogación entra en vigor el día de la publicación, a menos que el Tribunal constitucional fije un plazo para la misma. Este plazo no puede exceder los seis meses.
4. Lo dispuesto en el artículo 79, apartado 1, no es de aplicación al control de constitucionalidad de las leyes por el Tribunal Constitucional.”

---

<sup>424</sup> BISCARETTI DI RUFFÎA, Paolo, *Introducción al derecho comparado: las formas de Estado y las formas de gobierno-Las constituciones modernas*, p. 572-574.

<sup>425</sup> Ello porque introduce el Tribunal Constitucional *ad hoc* que conoce de forma exclusiva y excluyente, con efectos generales, de la constitucionalidad de las leyes, haciendo expresa proclamación del principio de primacía de la Constitución, con la consiguiente invalidez de las leyes que se opongan a aquella, atribuyendo la garantía de este principio al Tribunal Constitucional y dispone sobre la composición de este (Cfr. CRUZ VILLALÓN, Pedro, ob. cit. p. 287).

<sup>426</sup> “En 1931, al agotarse el período de nombramiento de los magistrados, estos no son renovados por parte de los órganos obligados a ello, con lo que, no habiendo un precepto que prevea el supuesto, el Tribunal queda de hecho suprimido o, cuando menos, suspendido. Sólo en 1938, concretamente el 10 de mayo, cuando la República se encontraba ya en sus últimos meses de vida, volvió a constituirse el Tribunal, pero solo para ser testigo impotente del desmantelamiento del régimen constitucional” (CRUZ-VILLALÓN, Pedro, ob. cit. p. 290).

Estaba consagrado el modelo de control de constitucionalidad dicho kelseniano, verdadero paradigma para buena parte del mundo<sup>427</sup>. En él se destacaba: 1) la centralización del poder de revisión constitucional de las leyes<sup>428</sup> en un único tribunal, el Tribunal Constitucional y 2) el poder de este tribunal anular la ley inconstitucional con eficacia *erga omnes*.

El Tribunal Constitucional, llamado Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), tiene sede en Viena y se integra por el Presidente, el Vicepresidente y el número necesario de magistrados y suplentes. La ley del Tribunal Constitucional fija este número en doce magistrados y seis suplentes. La Constitución determina que el Presidente, el Vicepresidente y la mitad de los magistrados y suplentes sean designados por la Cámara de Representantes (*Nationalrat*) y la otra mitad por el Senado (*Bundesrat*), todos ellos con carácter vitalicio<sup>429</sup>.

Este modo de composición intentaba hacer el Tribunal tan independiente del Ejecutivo como posible, puesto que tenía control sobre diferentes actos administrativos, en especial la revisión judicial de los decretos emitidos por el Jefe del Estado, el primero ministro y los otros ministros. Sus sentencias de inconstitucionalidad, conforme la concepción de la función de **legislador negativo**, tenían efectos *ex nunc*; la decisión de la Corte invalidaba la ley o su disposición particular no solo en el caso concreto sino para todos los casos futuros; tan luego la decisión entrara en vigor la ley anulada dejaba de existir<sup>430</sup>.

La ley anulada por la decisión de la Corte no podía más ser aplicada al caso que provocara su revisión y anulación. Una vez que el caso ocurriera antes de la anulación, esta era, con relación al referido caso, retroactiva en su eficacia<sup>431</sup>.

Tras la reforma de la Constitución austriaca en 1925, que ha tenido carácter eminentemente técnico y no ha modificado la opción política básica del texto original<sup>432</sup>, sobrevino la reforma de 7 de diciembre de 1929 que introdujo importantes cambios, particularmente en lo que se refiere al control de constitucionalidad.

<sup>427</sup> Debe apuntarse que, antes de entrar en vigor la Constitución austriaca de 1920, las Cortes Austríacas tenían el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes apenas en el que se refiere a la adecuada publicación. Sin embargo, el poder que tenían de enjuiciar la legalidad y la constitucionalidad de los decretos no era restringido (Cfr. Kelsen, Hans, *Jurisdição constitucional*, Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 303-304).

<sup>428</sup> El artículo 139 de la Constitución austriaca regulaba el control concentrado de la legalidad de los reglamentos de manera similar al control de leyes, con la diferencia de que preveía la posibilidad de control concreto o cuestión de inconstitucionalidad a disposición de cualquier juez o tribunal, en conexión con el Art. 89 de la Constitución. La derogación de los reglamentos ilegales entra inexorablemente en vigor el día de la promulgación de dicha derogación (Cfr. CRUZ-VILLALÓN, Pedro, ob. cit. p. 264).

<sup>429</sup> Kelsen, Hans, *Jurisdição constitucional*, p. 306. La Ley del Tribunal Constitucional (Ley Federal de 13 de julio de 1921 (BGBl), ha sido modificada con ocasión de las dos reformas importantes en la Constitución en 1925 y 1930. (CRUZ-VILLALÓN, Pedro, ob. cit. p. 264).

<sup>430</sup> Para Kelsen, una decisión con efectos *ex tunc* difícilmente podría justificarse, no solo por las consecuencias críticas que ello plantea, sino especialmente porque la decisión decía respecto a un acto del legislador y el legislador también estaba autorizado a interpretar la Constitución, aunque estuviera sujeto a un control jurisdiccional. Por ello, entendía que, mientras el Tribunal no declarara la ley inconstitucional, debía de ser respetada la opinión del legislador (Kelsen, Hans, *Jurisdição constitucional*, Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 305).

<sup>431</sup> Kelsen, Hans, ob. cit. p. 305).

<sup>432</sup> Una importante reforma en el modelo de control, apuntada por Villalón, es la previsión de la “consulta previa de competencia” que puede ser dirigida al Tribunal Constitucional tanto por la Federación como por los Lander acerca de la titularidad de una determinada competencia, cuya respuesta del tribunal asumía la forma de precepto, lo que se podría decir ser una forma de interpretación auténtica (CRUZ-VILLALÓN, Pedro, ob. cit. pp. 265-266).

Entre los llamados cambios de carácter técnico se ha introducido lo que hoy se conoce por **cuestión de inconstitucionalidad**, forma de control concreto por medio de la que, a instancia únicamente del Tribunal Supremo o del Tribunal Administrativo, se podía plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la ley al Tribunal constitucional (Art. 140.1LC-F)<sup>433</sup>. El término máximo fijado para la entrada en vigor de la derogación de una ley declarada inconstitucional por el Tribunal, que antes era de seis meses, es ampliado para un año (Art. 140.2 LC-F)<sup>434</sup>.

Asimismo, un nuevo apartado tercero del Art. 140 regula la entrada en vigor, tras la derogación de una ley declarada inconstitucional, de las disposiciones legales que habían sido declaradas derogadas por aquella. En la publicación de la anulación de la ley se mencionarán también si entran en vigor disposiciones legislativas y cuales (Art. 140.6).

Este importante cambio implicaba la posibilidad de **reintroducir en el ordenamiento normas derogadas por el legislador**, el que ponía en duda la concepción de efectos generales *ex nunc* de las sentencias en el control de constitucionalidad. Pues, si las leyes revocadas por la ley declarada inconstitucional pueden revivir, y si el Tribunal puede incluso seleccionar y decir cual de ellas pueden volver a vigorar, parece claro que la sentencia del Tribunal va más allá de simple declaración para el futuro<sup>435</sup>; es decir, esta nueva técnica rompía tempranamente, como ya mencionamos, con la **metáfora del legislador negativo**, pues, como el propio Kelsen habría reconocido, ello no era tan solo un acto negativo de legislación, sino también uno positivo<sup>436</sup>.

Quedaba claro, desde entonces, que la actividad de control de constitucionalidad de las leyes implicaba, más que una colaboración, un **control del poder político**, pudiendo incluso significar, en ocasiones, el desplazamiento del legislador, como la historia vendría a confirmar.

Conectado a estos cambios de carácter técnico vinieron modificaciones en el control de normas por motivaciones políticas. El intento de disminuir el ascendente de los partidos políticos en la composición del Tribunal Constitucional, el nuevo Art. 147 de la Constitución constitucionaliza el número de los magistrados y suplentes, debilita decididamente la intervención de las cámaras en el nombramiento de aquéllos, reforzando con la misma intensidad la intervención del Gobierno Federal. A partir de entonces las cámaras se limitarán a proponer ternas al Presidente de la República para el nombramiento

---

<sup>433</sup> Esta medida ya había sido propuesta por Kelsen, un año antes, con carácter general y tal como existía para el control concentrado de los reglamentos, en la reunión de Viena de los profesores de Derecho público. (CRUZ-VILLALÓN, Pedro, ob. cit. p. 267).

<sup>434</sup> Este aplazamiento cuanto a los efectos de la decisión permitiría a la legislatura reemplazar la ley declarada inconstitucional por una nueva ley constitucional, antes que la anulación tornara efectiva.

<sup>435</sup> Debe recordarse que, conforme Kelsen, las sentencias del Tribunal Constitucional eran declaratorias, con efectos *ex nunc*, por lo que se respectaba cuanto al pasado la validez de la ley inconstitucional. Pero, con el cambio de 1929, en Austria, el Tribunal es investido del poder de traer al ordenamiento jurídico leyes ya revocadas por el Poder Legislativo. Así, como el propio Kelsen iría admitir, este acto, no solo de declarar nula la ley, pero también de restaurar la norma precedente, no era mero acto negativo de legislación, sino un acto positivo. De todo modo, el que se buscaba era evitar graves contradicciones y incoherencias para el ordenamiento jurídico, decurrentes de la decisión del Tribunal, el que podría ocurrir, v. g., cuando se declarara inconstitucional una ley que revocara o sustituyera una ley válida (Cfr. KELSEN, Hans, *in Jurisdição constitucional*, p. 317).

<sup>436</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La obsolescencia de la bipolaridad "modelo americano-modelo europeo-kelseniano" como criterio analítico de control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa*, p. 28.

de seis magistrados y tres suplentes, mientras el Presidente, el Vicepresidente y los restantes magistrados y suplentes serán nombrados a propuesta del Gobierno federal<sup>437</sup>.

El sistema dicho Kelseniano, con tales perfeccionamientos, hubiera sido desde entonces modelo para varios países europeos, entre ellos Alemania, España e Italia, sin embargo de que la Corte Constitucional austriaca iba desaparecer en junio de 1933, un año antes de la caída definitiva del orden democrático, tras haber claudicado frente a los ataques que le hiciera el gobierno. Y solo ha sido restaurado tras la liberación de Austria en abril de 1945 de las manos alemanas<sup>438</sup>.

El Tribunal de Garantías Constitucionales de España ha sido uno de los primeros a recibir influjos directos de este modelo, aunque sea reconocido como una de las piezas menos gloriosas de aquella Constitución de 1931<sup>439</sup>, no solo por el modo como ha sido concebido y regulado, como por el modo como ha funcionado<sup>440</sup>.

En esta *primera etapa del desarrollo de la justicia constitucional*, que tuvo lugar tras la Primera Guerra Mundial, denominada “periodo austriaco”, el funcionamiento de la Constitución y del mecanismo de control de constitucionalidad de los países que lo instituyeron, Austria, Checoslovaquia, España y Alemania, incluso Irlanda en su Constitución de 1937, ha quedado muy perjudicado con la crisis políticas y el ascenso del fascismo en Europa. Rápidamente los textos dejaron de aplicarse y esta primera etapa concluyó tan rápido como se había iniciado, dejando no obstante huellas en los espíritus<sup>441</sup>.

Tras la *Segunda Guerra Mundial* la jurisdicción constitucional va tener una expansión significativa en Europa y, por supuesto, el control de constitucionalidad se situará en el centro de gravedad de esta jurisdicción, como una de las principales funciones de las Cortes Constitucionales. Tras los horrores de la guerra, cuya experiencia demostró que el legislador puede representar la mayor amenaza para la libertad, pudiendo llegar a ser un legislador arbitrario, dueño del poder de introducir injusticias sistemáticas, capaz de pervertir el ordenamiento jurídico<sup>442</sup>, *la jurisdicción constitucional* pasaba de ser un punto de convergencia en torno a la idea de rescatar *la democracia y controlar el poder político*.

---

<sup>437</sup> El cambio hizo incompatible la función de parlamentario y la de magistrado, el que hasta entonces solo alcanzaba a sus dos terceras partes. Pero, dice Pedro CRUZ-VILLALÓN, “es evidente que con la modificación producida el único que se obtiene es el desequilibrio del tribunal Constitucional, a favor del partido gobernante, en este caso los cristiano-sociales. Otro elemento que contribuye a debilitar la independencia de los miembros del tribunal es la sustitución de su carácter vitalicio por el principio general de los miembros del poder judicial de jubilación con la llegada de la edad reglamentaria. La ley de transición que acompaña la reforma dispuso, en su Art. 25, el cese de todos los miembros del tribunal con fecha de 15 de febrero de 1930. De este modo ocasionaba una ruptura en la composición del Tribunal que ni siquiera la revolución de 1918 había llegado a ocasionar.” (ob. cit. p. 268).

<sup>438</sup> Las fuerzas políticas resolvieron conectar con la situación constitucional existente el 4 de marzo de 1933 y la Constitución de 1920 sería restaurada en los términos de la reforma de 1929 (Cfr. CRUZ-VILLALÓN, Pedro, ob. cit. 276).

<sup>439</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, p. 59.

<sup>440</sup> Francisco RUBIO LLORENTE ha señalado que los constituyentes concibieron el Tribunal como un sucedáneo de la Cámara Alta, del Senado; su composición era guiada por criterio casi todo político; entre sus competencias se incluyeron algunas inadecuadas y no incluyeron el recurso directo de inconstitucionalidad, que la Constitución hacía posible. Cuanto a su funcionamiento, ha sido poco utilizado por los ciudadanos y abogados, excepto en la vía del amparo, buscando protección frente a los actos de los poderes públicos que lesionaban derechos garantizados por la Constitución. (*Del tribunal de garantías al tribunal constitucional*, *Revista de Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, 1981).

<sup>441</sup> ROUSSEAU, Dominique, *La justicia constitucional en Europa*, Cuadernos y debates, CEC, Madrid, 2002, p. 15.

<sup>442</sup> En la cita que hace GARCÍA DE ENTERRÍA a F. VON HIPPEL, in *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, p. 133.



Es así que, “en el momento de reconstruir la democracia, los políticos, los juristas y los dirigentes se preocuparon por crear instituciones capaces de impedir el regreso de la “bestia inmundada”. En esta búsqueda, el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes se impuso rápidamente como el único instrumento destinado a asegurar los derechos de las minorías, a evitar la opresión de una mayoría política y a impedir que el legislador atentase contra los derechos fundamentales. En *Austria* (1945), en *Japón* (1947), en *Italia* (1948) y en la República Federal *Alemana* (1949), los constituyentes adoptaron constituciones en las que el control de la ley, cuidadosamente organizado, se constituye, al mismo tiempo, como una reacción contra el pasado trágico de sus países y como la garantía de un futuro democrático. Esta vez, el terreno ganado no se abandonará”<sup>443</sup>.

El sistema de justicia constitucional que se adopta en Italia y Alemania, aunque siguiendo el modelo austriaco-Kelseniano, circunscribiendo a la fórmula estructural de la *jurisdicción concentrada*, venía a ser el modelo norteamericano de jurisdicción<sup>444</sup>. No deja de ser significativo al propósito, señala Francisco Fernández Segado, que en la *Bonner Grundgesetz* el Tribunal Constitucional encabece la lista de órganos integrantes del Poder Judicial, en la norma de apertura (Art. 92) del Capítulo IX, dedicado a la Jurisdicción (*Die Rechtsprechung*).

*Italia* ha creado su Tribunal Constitucional con la Constitución de 1948, que solo vino a constituirse en 1956 por las dificultades de elegir a sus miembros – quince, siendo cinco de origen parlamentario, cinco nombrados por el Presidente de la República y cinco provenientes de la Magistratura ordinaria y administrativa - con la mayoría exigida por la Constitución<sup>445</sup>. Además de estos quince jueces, que componen la articulación normal, competente para la generalidad de las materias, hay dieciséis jueces constitucionales agregados, elegidos por sorteo de entre un conjunto de ciudadanos que cuenten con los requisitos de elegibilidad para el Senado y que el Parlamento determinará cada nueve años a través de una elección realizada con idénticos procedimientos a los establecidos para nombrar a los jueces constitucionales designados por el Parlamento<sup>446</sup>.

Estos últimos jueces, que no forman parte de modo estable en el Tribunal, componen, juntamente con los primeros, un colegiado ampliado, una articulación competente para los procedimientos penales en delitos presidenciales y ministeriales.

---

<sup>443</sup> ROUSSEAU, Dominique, *La justicia constitucional en Europa*, p. 15.

<sup>444</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA apunta que Calamandrei en Italia y Hans Nawiaski en Alemania, este discípulo directo de Kelsen, eran dos de los juristas que representaban la propuesta de adoptar pura y simplemente el modelo kelseniano. Pero una y otra propuesta son rechazadas. No se acoge el modelo kelseniano del legislador negativo, sino el americano de jurisdicción, el Tribunal Constitución como verdadera jurisdicción, aunque en la fórmula estructural de la jurisdicción concentrada. La base para ello es la doctrina americana de la supremacía normativa de la Constitución (*La constitución como norma y el tribunal constitucional*, p. 134). Al respecto, Francisco RUBIO LLORENTE añade que el sistema italiano y Español, este mucho más próximo al Alemán, combinan elementos de la *judicial review* y que el que opera en estos sistemas, incluso en Austria tras la reforma de 1975, no es la técnica organizativa norteamericana, sino la recepción del concepto norteamericano de Constitución, que, en cierto sentido, sitúa en las antípodas del dominante durante largo tiempo en Europa, basado en la omnipotencia del legislativo (*Tribunal constitucional y poder judicial*, pp. 42-43).

<sup>445</sup> Esta forma de composición refleja la clara naturaleza político-jurídica del Tribunal, que no hace parte del Poder Judicial, estando fuera de la estructura clásica de los tres poderes del Estado. Los jueces son reclutados de entre los profesores

<sup>446</sup> PIZZORUSSO, Alessandro, *Lecciones de derecho constitucional*, Tomo II, pp. 5-6.

Entre sus funciones constitucionales<sup>447</sup> el control de constitucionalidad ocupa posición de destaque con sus dos tipos de procedimientos: 1) el control incidental de la constitucionalidad de las leyes y 2) el control en vía principal o directa y los conflictos de atribuciones entre entes. En el procedimiento incidental la cuestión constitucional es planteada ante el juez ordinario por la parte, por el Ministerio Fiscal o mismo de oficio y, siendo considerada no manifiestamente infundada, el juez deberá enviar al Tribunal Constitucional el auto de remisión, suspendiendo el proceso<sup>448</sup>. El Tribunal decidirá la cuestión, cuya sentencia, siendo estimatoria, pasa a tener validez el día siguiente a la publicación, con eficacia *ex nunc*, salvo para el caso concreto<sup>449</sup>.

El control dicho en vía principal o directa, conforme ya mencionado, es puesto en marcha por el Estado o por las Regiones en sus relaciones recíprocas por medio de recursos directos, traduciendo una legitimación puramente institucional y muy restricta. Además de ello, se prevé en aquel sistema un control preventivo de proyectos de ley de las regiones insertado en el control abstracto, que acaba por revestirse de un medio de solución de conflictos de competencia entre el Estado y las regiones.

En **Alemania** la Ley Fundamental de Bonn de 1949 crea la Corte Constitucional, un Tribunal que originariamente tenía 26 jueces y, de acuerdo con la reforma el 11 de agosto de 1993<sup>450</sup>, siendo reducido este número para dieciséis, quedando compuesto hoy por dos senados de ocho jueces elegidos por el Parlamento Federal (*Bundestag*) y por el Consejo Federal (*Bundesrat*), con amplias competencias en la jurisdicción constitucional, no con la concepción de órgano colaborador del legislador, cuyo control de constitucionalidad se debía limitar a deshacer la ley inconstitucional con efectos meramente declaratorios – tal como Kelsen lo creara-. Se concibe que la jurisdicción constitucional debiera asumir posición destacada en el escenario jurídico-político en el sentido de garantizar la normatividad constitucional.

---

<sup>447</sup> Amén de la competencia del control de constitucionalidad de las leyes y de los actos con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones, el Tribunal Constitucional posee también competencia para resolver los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado, entre el Estado y las Regiones y, incluso, como mencionado, tiene competencia para procesar y juzgar al Presidente de la República y los Ministros de Estado (Art. 134-136, de la Constitución).

<sup>448</sup> El planteamiento de la cuestión por las partes – o el Ministerio Fiscal- no obliga su admisión por el juez del proceso. El auto deberá ser motivado, debiendo el juez exponer las razones porque entiende no manifiestamente infundada la cuestión, pudiendo rechazar uno u otro punto de la argución, además de añadir consideraciones relativas a, p. ej., la fundamentación de la cuestión o a su relevancia (Cfr. PIZZORUSSO, Alessandro, ob. cit. pp. 33-40).

<sup>449</sup> Las sentencias –o auto- de desestimación no impiden que la misma cuestión pueda ser replanteada en fases sucesivas del proceso, desde que observadas las reglas propias del proceso, si la resolución de la cuestión constitucional es perjudicial al examen del fondo de la materia Ídem, p. 47).

<sup>450</sup> La serie de reformas de la Ley del Tribunal Constitucional ha afectado, además del número de los jueces, a la duración del mandato de los magistrados junto a la exclusión de una reelección, a la regulación de incompatibilidades, a la introducción del voto particular, al procedimiento de admisión a trámite de los recursos de amparo, a la representación en los supuestos de interés personal en una determinada causa, a la transformación en cámaras de las originarias comisiones de jueces con más amplias competencias y a la introducción de costas procesales. Por el momento se trabaja en proyecto de reforma de la ley para conseguir descargar de demandas al Tribunal. Regulaciones complementarias así como prescripciones sobre organización y administración contiene el Reglamento aprobado por el Pleno en 1975 (en la actual versión de 15 de diciembre de 1986 – BGBl. P. 2529) (Cfr. SIMON, Helmut, *La jurisdicción constitucional, in Manual de derecho constitucional*, p. 832).

Aunque la influencia directa de Kelsen en la consagración de la Corte Constitucional alemán pueda no ser comprobada<sup>451</sup>, es cierto que el modelo austriaco le ha servido de inspiración, reflejando en parte las concepciones kelsenianas.

Entre sus extensas competencias – que intentan recortar proyectos de reformas en discusión- están conflictos entre órganos y en la relación entre la federación y los *Länder*, recursos de amparo, defensa del orden constitucional, contenciosos electorales y el control de normas, que, a diferencia de Austria, en la vía de la cuestión de inconstitucionalidad puede ser planteada por cualquier juez o tribunal y no solo por los tribunales superiores. En el ámbito del control abstracto, de su vez, se ejerce ante el *Bundesverfassungsgericht*, a instancia del Gobierno Federal, por un Gobierno de Land, por un tercio de los Diputados del *Bundestag*.

El Tribunal Constitucional alemán es reconocido en todo el mundo como el más influyente, cuya doctrina ha impactado fuertemente a casi todos los países de la tradición jurídico romano-germana, por sus altas reflexiones y el firme propósito en recuperar y reconstruir valores morales y políticos, concepciones y ideales más profundos que nos han sido legados por el Iluminismo y plasmado en el Estado Constitucional de Derecho.

Mientras Gran Bretaña permanece fiel a su tipo de control legislativo, como ejemplo específico y extremo de resistencia, a ejemplo de Francia que solo admite control previo de la ley por el Consejo Constitucional<sup>452</sup>, en grande parte de los países de Europa el control de constitucionalidad jurisdiccional en un sentido amplio se acentuara de manera formidable, instituyéndose Tribunales Constitucionales, sea integrados en la estructura misma del poder judicial – como es el caso de Alemania – sea como órganos *ad-hoc* – como son ejemplos Austria, Italia y España -, los cuales siguen las líneas estructurales del que se ha llamado el sistema puro de control de constitucionalidad de inspiración Kelseniano de mediados de lo siglo XX, con las peculiaridades que han sido desarrolladas hasta los días de hoy.

Este desarrollo y expansión de la Justicia Constitucional, con la creación de los Tribunales Constitucionales, se da en etapas, que la doctrina de Favoreau califica de olas: una primera en el período de entreguerras, con la aparición de los tribunales de Checoslovaquia (1920), Austria (1920) y el Español de la Segunda República (1931). En 1921 ha aparecido el Tribunal de Liechtenstein, funcionando de manera ininterrumpida hasta hoy. Ya en segunda etapa, que se localiza tras la Segunda Guerra Mundial, afecta a Austria

---

<sup>451</sup> Señala Gilmar Ferreira MENDES, al propósito, que “Kelsen defendía la institución de una Corte Constitucional especial, la otorga del derecho de acción, en el control abstracto de normas, a una minoría cualificada; consideraba que determinadas decisiones del Tribunal Constitucional deberían ser dotadas de fuerza de ley y recomendaba la publicación, tal como posteriormente consagrado en la Ley del *Bundesverfassungsgericht*, de las decisiones del Tribunal en el Diario Oficial. Los registros constantes de los trabajos de la Asamblea Constitucional no confirman, sin embargo, esa influencia directa” (*in Jurisdição constitucional*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2005, p. 11).

<sup>452</sup> “En Francia jueces y magistrados no están legitimados para cuestionar la constitucionalidad de una ley. Tampoco lo está el Consejo Constitucional, que tan sólo puede realizar su actividad fiscalizadora antes de que la norma sea definitivamente aprobada por el Parlamento y adquiera formalmente el rango de ley. El control de constitucionalidad en este ordenamiento, por tanto, sólo es posible en el seno del proceso legislativo; una vez promulgada, la validez de la norma no puede ser juzgada ni por el Consejo, ni por ningún órgano de la jurisdicción ordinaria. En este sistema, pues, al igual que en el Reino Unido, la inviolabilidad de la ley es un dogma que se justifica por la supremacía del Parlamento sobre el resto de los poderes del Estado” (LOPES ULLA, Juan Manuel, *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 49).

(otra vez, 1945), Italia (1948), República Federal de Alemania (1949), Turquía (1961), Yugoslavia (1963) y, en cierto modo Francia (1959)<sup>453</sup>.

Pero la tercera etapa y cuarta etapa, las más expansivas, se producen en los años setenta y principios de los ochenta del siglo XX. Son de este período la creación de los Tribunales Portugués (1982), español (1978), belga (1983) y, en cierto sentido, el Tribunal Especial Superior griego (1975), mientras la cuarta etapa se puede identificar en la instauración de la justicia constitucional en los países que pertenecían al *bloque del Este* que, tras el precedente de Polonia (1985), tiene su inicio con la caída del muro de Berlín en 1989 y llega a la mitad de los noventa<sup>454</sup>.

El control de constitucionalidad en *Portugal*, cuyo Tribunal Constitucional ha sido creado en el año de 1982, por la revisión a la Constitución de 1976, es altamente complejo. Posee competencia de control preventivo, sucesivo abstracto por acción, de fiscalización por omisión inconstitucional, además de la fiscalización sucesiva concreta de constitucionalidad y legalidad por vía de recurso, puesto que en aquel sistema mixto, todos los jueces y tribunales son competentes para la desaplicación de ley reputada inconstitucional en un caso concreto<sup>455</sup>.

Respecto a los países del Este europeo, podría citarse los casos de *Croacia* y *Eslovenia*, los cuales, tras la proclamación de independencia que hicieron de Yugoslavia, crearon en sus Constituciones de diciembre de 1990, inicios de 1991, un sistema de control de constitucionalidad con el propósito de proteger los derechos individuales fundamentales. De modo similar a lo que ocurre en Alemania el individuo, bajo determinados presupuestos, puede dirigirse al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo<sup>456</sup>.

*Hungría* es otro de los países de Europa del Este que, en 1990, ha creado su Tribunal Constitucional atribuyéndole amplias competencias y, incluso, la *legitimación popular*, el que, conforme señala Georg Brunner, ha generado una demanda significativa en aquel tribunal con 3.284 acciones promovidas por esta vía de un total de 3.927. Como consecuencia de ello, el Tribunal ha anulado cerca de 100 preceptos jurídicos por inconstitucionales y en siete casos ha declarado la inconstitucionalidad por omisión del legislador, en decisiones de gran alcance político en temas como aborto, pena de muerte, indemnización por expropiaciones comunistas, prescripciones de delitos comunistas, dación de cuentas por el partido único de su patrimonio, posición jurídica del Jefe de Estado, extensión de la tutela judicial jurídico-administrativa...

---

<sup>453</sup> FERNÁNDEZ RODRIGUES, José Júlio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Tecnos Madrid, 2002, p.30.

<sup>454</sup> En esta última etapa se observa la determinante influencia germana en el momento de configurar los tribunales por estos países, sociedades que han salido de décadas de autoritarismo y que han visto en los mecanismos de control de constitucionalidad una institución habilitada a contribuir para la consolidación democrática (LÓPEZ ULLA, ob. cit. p. 30).

<sup>455</sup> Conforme señalan María Luisa DUARTE y Carla Amado GOMES, de la Universidad de Lisboa, a excepción de la acción de amparo, el sistema portugués contempla todas las modalidades de control de constitucionalidad: preventivo y sucesivo, abstracto y concreto; por acción y por omisión. Y por el mecanismo del recurso se enlaza o se articula el control difuso con el concentrado en el Tribunal Constitucional, en virtud del Art. 280.1 de la Constitución de la República de Portugal (*La constitución portuguesa de 1976 y el control judicial de la constitucionalidad*, in *Justicia constitucional y unión europea, un estudio comparativo de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Javier TAJADURA y Josu DE MIGUEL (coord.), CEC, Madrid, 2008, p. 259-290).

<sup>456</sup> BRUNNER, Georg, *Um hito en el camino hacia el estado de derecho: El largo tiempo impedido y finalmente conseguido control de la constitucionalidad en Europa del Este*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), num. 82-Octubre-diciembre 1993, pp. 137-144.

Tras el fin de la Unión Soviética, **Rusia** también ha establecido su Tribunal Constitucional en finales de 1991 e inicios de 1992, siendo notable su decisión de 14 de enero cuando, con referencia al principio de la separación de poderes propio del Estado de Derecho, anuló un decreto del presidente de la República, Yeltsin, por el que el Ministerio del Interior debía reunir la Política y el Servicio de Seguridad del Estado (el antiguo KGB), pues esa medida hubiera tenido por consecuencia una peligrosa concentración del poder represivo dentro del Estado.

En fin, en la década de los noventa se produce un movimiento de expresiva constitucionalización en aquella zona. Conforme el amplio estudio de José Julio Fernández Rodríguez, han instituido o reformulado su sistema de Justicia Constitucional los siguientes países: Albania, en 1998, Bielorusia, en 1996, Bosnia-Herzegovina, en 1995, Bulgaria en 1991, Croacia en 1990, Eslovaquia en 1992, Eslovenia en 1991, Estonia en 1992, Hungría, en 1994, Letonia en 1996, Lituana en 1992, Macedonia en 1992, Moldavia en 1994, Polonia en 1997, República Checa en 1992, Rumania en 1997, Rusia en 1994, Ucrania en 1996, Yugoslavia en 1992<sup>457</sup>.

Se va notar en este proceso de evolución que el control de constitucionalidad abstracto institucionalizado en Europa empieza, con Austria, en un órgano único que monopoliza la actividad que es conceptuada por Kelsen como de legislador negativo, pero que pronto va adquiriendo perfiles diferentes, sobretudo tras finalizada la Segunda Guerra Mundial, con la adopción del carácter propiamente jurisdiccional del órgano de justicia constitucional y la imposición de la idea de supremacía normativa de la Constitución, con el que la naturaleza del órgano cambió.

Así que, cuando se observa hoy el panorama de los sistemas que adoptan el control de constitucionalidad de las leyes en Europa se depara con una multiplicidad de métodos y formulas procesales que efectivamente no permiten, en un análisis comparativo riguroso, hablar de un único modelo europeo, sin embargo de que, de una perspectiva más amplia sí se podría identificar variables estructurales comunes en diversos países que poseen control abstracto concentrado en tribunales máximos, sea dentro del Poder Judicial o fuera de él, en los cuales hay: **a)** una semejanza de competencia material basada en control de la ley, conflicto de competencias, protección de derechos fundamentales; **b)** control abstracto y represivo; **c)** legitimación institucional y de minorías; **d)** integración de la jurisdicción ordinaria mediante el mecanismo de la cuestión de inconstitucionalidad; y, por fin, **e)** sentencias con eficacia general y efecto vinculante.

Al cabo de esos largos años de evolución, la experiencia de la Justicia Constitucional, en particular el control de constitucionalidad de las leyes, ha sido el resultado de esfuerzos intelectuales y prácticos de generaciones en una lucha permanente por asegurar la normatividad y supremacía de la Constitución en el más profundo sentido de las ideas ilustradas que han conducido al Estado Constitucional, cuya experiencia parece haberse constituido ya en un nuevo estilo de organización estatal y del ejercicio del poder, rompiendo con la antigua concepción democrática, que solo podía justificarse en la idea de la representación popular.

---

<sup>457</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, ob. cit. pp. 159-160. En este estudio el autor examina las diversas variables de los órganos que componen la Justicia Constitucional en 38 de los 44 países de Europa, disecando su composición, posición, estructura y funcionamiento, parámetro de control, competencias, procedimiento y sentencias, forneciendo una posición actual sobre la Justicia Constitucional en Europa, acentuando, como peculiaridad de las jurisdicciones del antiguo bloque del Leste el exceso de materias atribuidas a la competencia de sus órganos, fenómeno que, a nuestro juicio, es correlacionado a la propia necesidad que tienen países recién salidos de regimenes de fuerza de estructurar al Estado de Derecho.

Quizá sea en este sector del derecho constitucional donde se puede observar con más claridad como en los Estados Democráticos de Derecho hay una apasionante tensión entre la jurisdicción constitucional y democracia: la *jurisdicción constitucional*, aunque los miembros del Tribunal no posean representación directa, impone el respeto a la *normatividad* constitucional incluso a los representantes del pueblo; y como demuestra la historia, no hay jurisdicción constitucional en donde no hay *democracia*. Se va advertir que solo en sociedades que implantaron regime democrático fructificara la jurisdicción constitucional efectiva; pero tampoco la democracia puede sobrevivir sin un control de constitucionalidad de las leyes que es, al fin y al cabo, la garantía del ejercicio del poder formal y materialmente conforme al regime de valores prefijado en el texto constitucional.

El caso de los países del Este Europeo es un ejemplo muy actual de la interdependencia de esas dos Instituciones imprescindibles al Estado Constitucional de Derecho.

### 3) Formación de Modelos Mixtos de control en Latinoamérica

El estudio sobre instrumentos de *control político de las leyes* creados mucho antes que existiera control formal de constitucionalidad de las leyes en los dos continentes, muestra que esa tendencia podría haber contribuido a la formación de un modelo propio en el continente latinoamericano<sup>458</sup>.

El control político de la Constitución en buena medida devenía por los influjos de algunas constituciones francesas del período revolucionario. Casi todos los países de ese entorno asumieron ese tipo de control expresamente en sus constituciones en inicio del siglo XIX hasta mediados del siglo XX. Así *Bolivia* en 1826, *Perú* en 1823, *Ecuador* en 1845, *Chile* en 1934, *Brasil* en 1824, y solo muy lentamente han evolucionado para el control jurisdiccional con la adopción del modelo norteamericano, aunque con importantes matizaciones al respecto.

Al respecto enseña Francisco Fernández Segado que el propio nacimiento de instituciones constitucionales tan emblemáticas en Iberoamérica como el juicio de amparo ha de verse una cierta influencia española, no desde luego de la Constitución de Cádiz<sup>459</sup>, pero sí del Derecho histórico español, particularmente del Derecho aragonés y castellano, siendo especialmente relevante la institución del Justicia Mayor de Aragón y los procesos de manifestación de personas y de jurisdicción, que traen su causa del Privilegio General expedido para el Reino de Aragón por el Rey Pedro III en 1348<sup>460</sup>.

Pero es en el inicio del siglo XIX donde empiezan las marcadas influencias hispánicas. Conforme Héctor Gros Espiell, la Constitución de Bayona de 1808 – consecuencia política de invasión napoleónica a España-, aprobada por una Asamblea

---

<sup>458</sup> Los estudios de Francisco Ferandez Segado, con apoyo en los trabajos de Héctor Fiz-Zamudio, García Belaunde y varios otros autores iberoamericanos lo demuestran. Hemos de seguir de cerca estos estudios.

<sup>459</sup> Según el mismo actor, en la Constitución de Cádiz se trataba de una tentativa de crear una comunidad hispánica de naciones, en cuya base radicaban aportaciones como la de igualdad de la representación entre americanos y españoles hasta la autonomía política y la autonomía municipal y provincial. Al par de preverse un elenco de temas sociales, como la abolición de la mita, o trabajo forzoso de los indios en las minas, y a los esclavos y la cuestión religiosa, algunas formas constitucionales acuñadas en Cádiz, como la de encomendar al órgano legislativo el control de constitucionalidad tendrían gran influencia en los ordenamientos latinoamericanos en los primeros años de vida independiente.

<sup>460</sup> (*España y Iberoamérica: una recíproca permeabilidad constitucional*, in *La constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, CEPC, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (Coord.), Madrid, 2003, p. 16).

sobre la base de un proyecto inspirado directamente por el Emperador Napoleón tuvo un papel destacado en el nacimiento del constitucionalismo español y tendría provocado la elaboración de la Constitución de Cádiz como formula alternativa para enfrentar, por quienes resistían a la invasión napoleónica y la fórmula política impuesta por ésta, la influencia y la dominación francesas<sup>461</sup>.

La Constitución de Bayona se refería a “los Reinos y Provincias españolas en América y Asia”. Su artículo 87 establecía: “Los Reinos y Provincias españolas de América y Asia gozarán de los mismos derechos que la Metrópoli”, el que ha llevado referido autor al entendimiento de que referida Constitución tendrá influido en la Revolución y en el fin del sistema colonial que existía entonces, en los hechos, en el Continente. Fueron varios, por lo demás, los americanos que integraron la Asamblea de Bayona y que al volver al Nuevo Mundo aportaron, con su “afrancesamiento”, algo de lo que fue luego el fermento liberal”<sup>462</sup>.

Mientras la Constitución de Bayona nunca fue derecho vigente en America, la Constitución de Cádiz de 1812 tuvo durante anos una influencia relevante y fue derecho vigente en muchas partes de la America Hispana.

El mismo tipo de influencia tendría, respecto a Brasil, la Constitución de Cádiz, que tuviera vigencia en su territorio, aunque por tiempo brevísimo. Según Paulo Bonavides, la causa de esa raíz constitucional española en el suelo brasileño debió a que en Lisboa, meses antes, el 11 de noviembre de 1820, se aclamara la Constitución de Cádiz, aclamación que vendría a reproducirse en las provincias de Pará, el 1º de enero de 1821 y Bahía, el febrero de 1821, en la línea del movimiento constitucional de las Cortes de Lisboa<sup>463</sup>.

Esta Constitución, conforme el autor, ha sido considerada tan importante para el constitucionalismo imperial del Brasil cuanto la Constitución de Filadelfia ha sido para los modelos presidenciales del constitucionalismo hispano-americano, donde se adoptó la forma republicana de gobierno y, en algunos Estados, el modelo federativo<sup>464</sup>.

Superada esta primera fase, de control político de la constitución, interesa reseñar, a brevísimos registros, los países que consagraron en sus constituciones algún tipo de control de constitucionalidad, responsables por la formación de los controles mixtos, empezando por el control de tipo jurisdiccional.

El *control jurisdiccional* de constitucionalidad empieza por *México* a través del instrumento procesal del *amparo*, en 1841, previsto en la Constitución del Estado de Yucatán, instituto que fue expresamente recorrido después en nivel nacional en la Constitución de 5 de febrero de 1857, antes, por tanto, que se introdujera el control norteamericano, que vendría a ocurrir en la Constitución de Querétaro. El régimen del

---

<sup>461</sup> *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, p.31.

<sup>462</sup> Ídem, p. 31.

<sup>463</sup> En relación al movimiento revolucionario que ocurrió en Bahía el 10 de febrero de 1821 y as respectivas implicaciones constitucionales, escribió el Dr. Augusto VIVEIROS DE CASTRO en su Memoria presentada en el Primero Congreso de Derecho Constitucional del Brasil: ‘El nuevo gobierno reconoció la dinastía de Bragança y la Religión Católica, y juró obediencia a las Cortes de Lisboa, prometiendo jurar la Constitución que fuese aprobada y adoptando provisoriamente y también *platónicamente*, la Constitución de Cádiz, de 1812’ (*Apud* BONAVIDES, Paulo, ob. cit. p. 201).

<sup>464</sup> BONAVIDES, Paulo, ob. cit. pp. 203-204. El autor recuerda que dos de los más célebres proyectos que han servido de modelo a la Constitución Política del Imperio del Brasil, otorgada por D. Pedro I el 25 de marzo de 1824, tuvieron por base la Constitución española de 1812, conforme cita que hace a Moraes Mello, (*in Historia do Brasil-Reino e do Brasil-Imperio, tomo I*, ed. da Universidade de São Paulo, 1982, p. 63).

amparo tanto permitía el control concentrado ante la Suprema Corte de Justicia, cuanto difuso.

**Guatemala** instaura, a partir de la Constitución del Estado de Guatemala de 1837, desarrollado por un decreto del año siguiente, una vía de control jurisdiccional de constitucionalidad de ley, aunque matizado por la intervención del cuerpo legislativo. Pero, tras la del régimen liberal, la idea fue abandonada<sup>465</sup>.

**Argentina** no contemplaría expresamente en su Constitución de 1853 el control difuso de constitucionalidad, pero emanaba tácitamente de sus cláusulas, conforme la interpretación constitucional hecha por la Suprema Corte de la Nación, que se auto consideraría interprete final de la Constitución<sup>466</sup>. Conforme han dicho Jorge Reinaldo Vanossi y Fermini Pedro Ubertone, la Constitución no tenía una palabra al respecto, pero se “daba por conocido, aceptado y consumado que estaba presente en el momento en el cual se crea el Poder Judicial. Ello puede apreciarse especialmente en el caso Sojo de 1887, que es en cierta medida el equivalente argentino del caso “Marbury vs. Madison”<sup>467</sup>.

Es la Constitución republicana de sistema federativo de 1891 que iba consagrar el modelo difuso de control de constitucionalidad norteamericano en **Brasil**. Pero, un año antes, en la Constitución Provisoria de 1890, publicada por el Decreto nº 510, de 22 de junio de 1890 – que publica la Constitución de los Estados Unidos del Brasil - en su artículo 58, par. 1º, disponía: “De las sentencias de la justicia de los Estados en última instancia, habrá recurso para el Supremo Tribunal Federal: a) cuando se cuestionar la validez o la aplicabilidad de tratados y leyes federales, y la decisión del tribunal del Estado fuere contra ella; b) cuando se impugnar la validez de las leyes o actos de los gobiernos de los Estados frente a la Constitución o de las leyes federales y la decisión del Tribunal del Estado considerar validos los actos o leyes impugnados”.

En algunos países suramericanos son relevantes los precedentes que incorporaron elementos del modelo de control abstracto y concentrado, mucho tiempo antes de que la jurisdicción constitucional surgiera en la Constitución de Austria en 1919.

Es el caso de **Colombia**, cuya Constitución de 1850 dispuso que “cualquier ciudadano podía pedir a la Corte Suprema que anulara una ordenanza provincial y ordenaba al Procurador General que incoara procesos de este género en contra de aquellas ordenanzas que él considerara ilegales”<sup>468</sup>. Según comenta Francisco Fernández Segado, esta Constitución es pionera en consagrar el control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad, control que no va a corresponder a un Tribunal Constitucional, esto es, a un órgano *ad hoc*, pero sí se va a concentrar en un solo órgano: la Corte Suprema que lo va a monopolizar<sup>469</sup>.

Asimismo, en la Constitución de 1910 de este país se ha previsto expresamente la **acción directa de inconstitucionalidad** ante la Suprema Corte de Justicia, a quién se confiaba la defensa de la Constitución, incluso a instancia de cualquier ciudadano, con facultades específicas para decidir de modo definitivo sobre la constitucionalidad de los

<sup>465</sup> Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Los inicios del control de la constitucionalidad en Iberoamérica: del control político al jurisdiccional*, in *Revista española de derecho constitucional*, año 1997, num. 49-51, CEPC, p. 103.

<sup>466</sup> Ídem, p. 113.

<sup>467</sup> *Control jurisdiccional de constitucionalidad*, in *Desafíos al control de constitucionalidad*, pp. 47-48.

<sup>468</sup> J. A. C. Grant, *apud*, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Los inicios del control de la constitucionalidad en Iberoamérica: del control político al jurisdiccional*, p. 111.

<sup>469</sup> *Los inicios del control de la constitucionalidad en iberoamérica: del control político al jurisdiccional*, in *Revista española de derecho constitucional*, año 1997, num. 49-51, CEPC, p. 115.



proyectos de ley, de todas las leyes del Congreso y de los decretos dictados por el Gobierno<sup>470</sup>. Es decir, se trataba de ampliar sobremanera las funciones de la Corte Suprema como guardián de la Constitución, nueve años antes que la obra de Kelsen se hiciese realidad.

**Venezuela**, todavía más temprano, por su Constitución de 24 de diciembre de 1858 iba consagrar el **control concentrado** en la Corte Suprema a petición de cualquier ciudadano, cuando fuesen impugnados actos legislativos denunciados por las legislaturas provinciales, pionera en la consagración del control jurisdiccional concentrado de la constitucionalidad de las leyes, control que no va a corresponder a un órgano *ad hoc*, pero sí en la Corte Suprema, que lo va monopolizar<sup>471</sup>.

Pero, en la Carta de 1864 el objeto de control se ha invertido para comprender los actos del Congreso y del Ejecutivo, el que se ha mantenido en las Constituciones de 1874, 1881 y 1891. En la **Carta de 1893** se ha evolucionado al ampliar la materia de control a las leyes, decretos o resoluciones cuando estén en colisión las nacionales entre sí, o éstas con las de los Estados, o las de los mismos Estados, o cualquiera con esta Constitución”. Asimismo se ha reducido la legitimidad activa a una sola de las Asambleas Legislativas de los Estados.

Poco tiempo después, en Venezuela se iba complementar el sistema de control concentrado con la introducción del control difuso<sup>472</sup>.

**Bolivia**, de su turno, en la Constitución Política Bolivariana<sup>473</sup> de 1861, incorpora en su texto disposición anterior contenida en un Decreto-Ley de 1857, la atribución al asignar a la **Corte de Casación** el conocimiento “de los negocios de puro derecho, cuya decisión dependa de la constitucionalidad o **inconstitucionalidad de las leyes**”. Tal previsión ha sido reiterada en las constituciones de 1868 y 1871 y, sin embargo, la interpretación hecha por la Corte acerca del alcance de esta acción procesal ha sido la de que la Constitución le confiere jurisdicción “solamente cuando los interesados recusan de inconstitucionalidad la ley por la que debe decidirse su litigio”<sup>474</sup>.

**Ecuador**, en su Constitución de 1869 institucionaliza un control jurisdiccional de carácter preventivo en la Suprema Corte de proyectos de ley en caso de que el Presidente de la República se negase a sancionar, por considerarlo inconstitucional, proyectos aprobado por las dos Cámaras, cuidándose de una especie de recurso del

---

<sup>470</sup> Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Los inicios del control de la constitucionalidad en iberoamérica: del control político al jurisdiccional*, p. 110.

<sup>471</sup> “A juicio de Ayala (Carlos M. AYALA CORAO), la Constitución de 1858 vino a establecer de esta guisa, por primera vez de modo expreso, el control judicial objetivo de la constitucionalidad, asignándole el carácter de acción popular, y atribuyéndole a la Corte Suprema la competencia para declarar “la nulidad de actos legislativos sancionados por las legislaturas provinciales cuando los entendieren contrarios a la Constitución”, (apud FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Los inicios del control de constitucionalidad en iberoamérica: del control político al jurisdiccional*, p. 114).

<sup>472</sup> Ídem, p. 117.

<sup>473</sup> “La Constitución Política de Bolivia de 1826, haciendo suya la idea bolivariana, agogía un Poder Legislativo tricameral, una de cuyas Cámaras, la Cámara de Censores, asumía la facultad de “velar si el Gobierno cumple y hace cumplir la Constitución, las leyes y los tratados públicos”, acusando ante el Senado las infracciones que el Ejecutivo hiciera de la institución, de las leyes y de los tratados públicos” (Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Los inicios del control de la constitucionalidad en iberoamérica: del control político al control jurisdiccional*, pp. 95-96).

<sup>474</sup> Ob. cit. pp.117-118.

Ejecutivo contra acto del legislativo, control este que quedara eliminado en Constituciones posteriores<sup>475</sup>.

Respecto a **Argentina**, como ya hemos puesto de relieve, su control es únicamente el de modelo difuso. Pero la *acción directa de inconstitucionalidad*, aunque no prevista en la legislación de aquel país, llegó a ser admitida por la Corte Suprema implícitamente en los casos Outon, Fallos 267:215 y Mate Laranjeira Mendes, Fallos 269:393). Posteriormente, en el caso Editora Popular Americana S.R.L. c/ Diario El Mundo, ED 11-9-1974), la Corte ha cambiado su posición al respecto<sup>476</sup>.

En **Perú**, la Constitución de 1979 instituyó un sistema de jurisdicción constitucional, con la creación del *Tribunal de Garantías Constitucionales* al margen del Poder Judicial, a semejanza del modelo dicho europeo, sin perjuicio del control difuso asignado a los órganos del Poder Judicial. El control podría incidir sobre las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que por la forma o por lo fondo contravengan la Constitución. A legitimación activa comprendía el Presidente de la República, la Corte Suprema, el Fiscal de la Nación, sesenta Diputados, veinte Senadores o cincuenta mil ciudadanos debidamente inscriptos en el Registro Electoral. Sus decisiones tenían efecto *erga omnes*.

Pero, tras el llamado autogolpe presidencial practicado en el 5 de abril de 1992, el modelo de control de constitucionalidad, tal como enunciado, fue completamente desactivado<sup>477</sup>.

En **México** se ha adoptado, en la reforma de 1994, la *acción de inconstitucionalidad* y las *controversias constitucionales*, ambas de competencia de la Suprema Corte de Justicia. Su objeto puede ser una norma de carácter general en posible contradicción con la Constitución. Y, respecto a las controversias, que son los conflictos entre la federación y los estados, la federación y un municipio, el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión etcétera<sup>478</sup>.

La asimilación de elementos del modelo concentrado de control de constitucionalidad en Cortes especiales, por influencia del modelo austriaco-kelseniano se ha notado especialmente tras la Segunda Guerra Mundial en algunos ordenamientos jurídicos latinoamericanos, primeramente de modo incipiente, pero mucho más intensamente tras los años sesenta.

El 15 de septiembre de 1965, la Constitución de **Guatemala**, sin suprimir el sistema americano que venia de las Cartas anteriores, introdujo un tribunal especializado para cuestiones constitucionales denominado *Corte de Constitucionalidad*. De acuerdo con sus artículos 262 a 265, reglamentados por los artículos 105 a 111 de la Ley de Amparo, *Habeas Corpus* y de Constitucionalidad de 3 de mayo de 1966.

**Chile** incorpora su *Tribunal Constitucional* a su Constitución de 1925 en el año de 1970, estando hoy regulado en el Capítulo VII, artículos 81 a 83, por la que se desprende que el Tribunal es órgano independiente, de rango constitucional, colegiado, integrado por siete miembros – todos letrados- que no forman parte del Poder Judicial.

---

<sup>475</sup> Ob. cit. p. 118.

<sup>476</sup> VANOSSI, Jorge Reinaldo, y UBERTONE, Fermin Pedro, in *Desafíos del control de constitucionalidad*, p. 64.

<sup>477</sup> BARRERA, Eloy Espinosa-Saldaña, *La existencia de un tribunal constitucional: garantía para la eficacia del control de constitucionalidad? Reflexiones a la luz de la experiencia peruana hasta 1992*, in *Desafíos del control de constitucionalidad*, p. 315.

<sup>478</sup> FERNÁNDEZ, José Luis Soberanes, *La reforma de 1994 a la justicia constitucional en México*, in *Desafíos del control de constitucionalidad*, pp. 469-480.

Entre las amplias atribuciones que le son conferidas, están las de control obligatorio y no obligatorio de constitucionalidad, de *naturaleza preventiva* (para leyes orgánicas y en cuestiones suscitadas en tramitación de proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso)<sup>479</sup>.

Llegamos en fin a *Brasil*. En 1965, por medio de la Enmienda Constitucional n° 16, en la vigencia de la Constitución de 1946 – pero en regime de plena dictadura militar- ya se había introducido, al lado de entonces vigente representación para fines de intervención, la *representación contra inconstitucionalidad* de ley o acto de naturaleza normativa, federal o estadual, a instancia del Procurador-General de la República, ante el Supremo Tribunal Federal (STF), que pasaría a conocer en abstracto de norma, mediante fiscalización genérica de control concentrado.

En la vigente Constitución promulgada a 5 de octubre de 1988, se amplía significativamente el *control abstracto concentrado* en el Supremo Tribunal Federal (STF), instancia máxima del Poder Judicial, guardia e intérprete supremo de la Constitución Federal.

Estructura la Constitución *tres especies de acciones directas de control de constitucionalidad* ante aquel órgano supremo: la acción directa de inconstitucionalidad, la acción de inconstitucionalidad por omisión, la acción por incumplimiento de precepto fundamental.

Esta notable amplitud en la actividad de control abstracto por el Supremo Tribunal se debe, no solo a la creación de referidas acciones procesales con sus respectivas finalidades, sino porque el objeto de la primera especie de acción, la acción directa de inconstitucionalidad (ADI) –que es la más relevante en términos de demanda- es ley o acto normativo, sean procedentes de la Unión o de los estados o Distrito Federal (Brasilia), que son en número de veinte y siete, y, por otra parte, porque la legitimidad para el planteamiento de las acciones es de los más generosos posibles.

En el Art. 103, la Constitución Federal contempla tres categorías de legitimados: *órganos políticos* (Presidente de la República, Mesa del Senado Federal, Mesa de la Cámara de los Diputados, Mesa de la Asamblea Legislativa de los Estados, Gobernador del Estado, Partidos Políticos con representación en el Congreso Nacional), *órganos de la sociedad civil* (Consejo Federal del Orden de los Abogados del Brasil y Confederación Sindical o entidades de clase de ámbito nacional) y, por fin, el Procurador-General de la República, *órgano independiente* de todos los poderes del Estado, el principal autor y fiscal de la constitucionalidad de las leyes.

Por medio de la Enmienda Constitucional n° 03/1993, se ha introducida una nueva acción de control abstracto concentrado: *la acción declaratoria de constitucionalidad*, destinada a eliminar la incertidumbre generada cuanto a la constitucionalidad de ley o acto normativo federal, en razón sentencias de inconstitucionalidad que estén siendo pronunciadas por jueces o tribunales en el ámbito del control difuso de constitucionalidad.

---

<sup>479</sup> Es notable esta característica: no hay control represivo, “fundamentalmente porque, en relación al recurso de inaplicabilidad (que puede interponer el interesado en la vía judicial), se establecía que luego de tres fallos consecutivos, en el mismo sentido, dictados por la Corte Suprema (órgano judicial) en que esta declarara la inconstitucionalidad de un precepto legal, ello originaba su derogación (Cfr. Emilio Pfeiffer URQUIAGA, *El control constitucional en Chile, Desafíos del control de constitucionalidad*, Victor BAZAN (Coord.), Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp.422-423).

Legitimados para referida acción son los mismos órganos enumerados en el Art. 103 de la Constitución Federal y su tramitación se substancia por el mismo procedimiento que tiene la acción directa de inconstitucionalidad, en los términos que regula la ley nº 9.868/99.

Este proceso de ampliación del control concentrado en el sistema brasileño llega a la cumbre ahora con la introducción, hecha por la Enmienda Constitucional 45/2004, de la *sumula vinculante* (resumen de jurisprudencia) y el *efecto vinculante* de las decisiones de fondo proferidas en los procesos de control abstracto concentrado y en todas las que el STF, entendiendo existir un carácter transcendental en la materia constitucional, tras reiteradas decisiones plenarias, justifique expedir directrices de interpretación concreta de observancia obligatoria por todos los órganos del poder judicial y de la administración pública directa y indirecta de todos los poderes.

Por si no fuera suficientemente concentrador el regime de control, la Constitución vigente prevé dos otros instrumentos procesales de defensa de la supremacía constitucional: la *acción de incumplimiento de precepto fundamental* (ADPF), cuyo parámetro de control es más estrictos, en la medida que se trata de *preceptos fundamentales*, no de cualquier norma de la Constitución, frente a cualquier acto del poder público, y la propia *reclamación*, un mecanismo de refuerzo de que todo interesado puede se valer, en caso de ofensa a la autoridad, o a la competencia, a las decisiones proferidas por el Supremo Tribunal Federal en el ámbito del control concentrado de constitucionalidad.

Sin embargo, a despecho de esa evidente opción política por el sistema de control concentrado, nuestro sistema, a ejemplo de otros de Latinoamérica, mantiene intacto su modelo de control difuso de constitucionalidad, que sigue siendo igualmente necesaria delante las necesidades de un país continental, hoy con casi doscientos millones de personas, distribuidas en más de cinco mil y quinientos municipios.

Esa *mixtura* o hibridación, resultado de la convivencia entre las vías del control difuso y control abstracto concentrado de constitucionalidad, expresa dos distintas maneras de defensa de la supremacía constitucional en el suelo brasileño: la que se impone como necesidad de protección de derechos de las partes procesales, con eficacia *inter partes*, y la que se ejerce en defensa solo de la normatividad de la Constitución con eficacia *erga omnes* y efecto vinculante.

Esta duplicidad de métodos distintos y tendencialmente opuestos, es manifiesta no solo al nivel del ordenamiento estatal – en el sentido del Estado Federal- sino también en el seno de cada Estado miembro, es decir, en los veinte y seis estados brasileños y en el Distrito Federal, los cuales poseen Tribunales de Justicia encargados de ejercer el control abstracto y concentrado de constitucionalidad de las leyes y actos normativos estatales y municipales frente a la Constitución del Estado y, además, cumulan funciones de revisión y casación, en grado de apelación, de las sentencias de los jueces del estado, incluso aquellas en que estos jueces declaren la inconstitucionalidad de las normas, sean normas estatales o municipales, sean normas producidas por la Unión Federal.

Hay, en el Brasil una mayor complejidad respecto al control. Más que una mixtura de vías procesales, hay una *dualidad de jurisdicción constitucional en el Estado brasileño*: a) el control abstracto concentrado en el Supremo Tribunal Federal, órgano de cumbre del Poder Judicial, que ejerce todas las funciones de un Tribunal Constitucional, y b) el control abstracto concentrado en los Tribunales de Justicia de los estados miembros, integrados por Jueces de la Magistratura ordinaria (Desembargadores) que controlan la

constitucionalidad de las normas estatales y municipales vigentes en su territorio, cuyo parámetro es la Constitución Estatal.

A la par del control concentrado, el control difuso sigue siendo el modo ordinario de protección a derechos, adjudicado a cualquier juez o tribunal, incluso el propio STF, pudiendo ejercerse indistintamente tanto sobre normas producidas por la Unión, cuanto las producidas por el estado miembro o por los municipios.

Pero, los cambios producidos con la reciente reforma constitucional del año 2004, con la que se instituyó la figura de la *sumula vinculante* y el *efecto vinculante*, abre un nuevo ciclo en el sistema híbrido o dual de control de constitucionalidad brasileño, de tendencia todavía más concentradora, ordenada a una racionalización y simplificación de los procedimientos. Todo ello hay dado lugar a un *tercer modelo de control*, en que se va imponiendo las formas del control abstracto sobre el modo difuso, aunque ambos modos de control sigan articulados por medio del recurso extraordinario, cuyas consecuencias todavía no se puede adivinar<sup>480</sup>.

#### 4) Conclusión

El diseño de un modelo teórico coherente, mejor esquematizado dogmáticamente, es una cuestión de política del derecho, es solo una opción; importante en el análisis científica es, primero, que se puedan explicarlos en su contexto<sup>481</sup> y, segundo, saber si son operativos, si sirven a la realidad social a que pertenecen.

García Belaúnde sostiene con precisión: “Lo que vale en mi criterio, no es qué sistema es mejor desde un punto de vista teórico, sino cual es el sistema que mejor se adapta al entorno histórico de cada sistema jurídico y además, si éste realmente es útil. Así considerados, es indudable que ambos sistemas, enfocados dentro de sus respectivos ambientes, sirven y son operativos, y no vemos porqué debamos preferir uno al otro. Lo que importa, repito, es si funcionan y si ayudan a supervivencia del ordenamiento jurídico dentro de un determinado país<sup>482</sup>”.

---

<sup>480</sup> PIZA ESCALANTE ha hablado de “una concepción iberoamericana difuso-concentrada” (Rodolfo Piza Escalante, *Legitimación democrática en la nueva Justicia Constitucional de Costa Rica*, en Anuario de derecho constitucional latinoamericano, 1ª ed., 1995, p. 128). PIZA ROCAFORTE, llega a hablar de la existencia de cuatro distintos modelos de control: a) los dos modelos clásicos; b) el modelo mixto y c) el modelo múltiple, refiriéndose a este último como los que hacen una yuxtaposición entre los dos modelos clásicos (Rodolfo PIZA ROCAFORTE, *Influencia de la Constitución de los Estados Unidos*, pp. 681-682), *apud* FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, ob. cit. p. 87). Respecto al sistema brasileño, aunque la idea de la yuxtaposición no esté alejada, no parece posible comparar sus complejas variables y amplitud inigualable a sistemas como de Bolivia, Perú o Guatemala, incluso porque la presencia de Tribunal Constitucional independiente del Poder Judicial no es, por si mismo, criterio de determinación de complejidad o de multiplicidad de control.

<sup>481</sup> Ha dicho GARCÍA DE ENTERRÍA “...el postulado de que el canon estudioso del rigor impone reflexionar a partir de enteros sistemas foráneos de referencia. No caben las importaciones fragmentarias o a medias de institutos inconexos; las normas y las instituciones, fuera de su contexto, son letra muerta y cáscaras vacías; peor aún, una institución jurídica desencajada de su contexto legal y cultural suele producir efectos perniciosos y desequilibradores en el ordenamiento jurídico en que se inserta. (v. Alejandro NIETO, Prólogo a Julio V. González García, *El alcance del control judicial de las administraciones públicas en los Estados Unidos de América*, Ed. MacGraw-Hill, Madrid, 1996, *apud* López Pina, Antonio, *Manual de derecho constitucional*, segunda ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, p. XXIV).

<sup>482</sup> KELSEN, Hans, *The judicial review of legislation, a comparative study of the Austrian and American constitution in Journal of Politics*, 1942, trad. en *Direito*, Santiago de Compostela, num. 1, 1995, *apud* BELAÚNDE, Domingo García, *Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Porrúa, Vol. I, México, 2003, pp. 310-311.

También en Latinoamérica, con raras excepciones, el control de supremacía constitucional empieza **como control político**, encargándose de ello a órganos del legislativo, sobre actos del Ejecutivo, y solo mucho más tarde, se llega a un control jurisdiccional, ante la consagración del modelo de *judicial review* norteamericano sobre os actos del poder público en general.

El propio modelo difuso norteamericano no fuera automáticamente absorbido por los países latinoamericanos. En algunos de esos países el control difuso se implantó paulatinamente y en otros sufrió – como el Brasil- adaptaciones importantes<sup>483</sup>.

Se va notar que “la aplicación de la *judicial review* norteamericana en el transfondo hispánico y portugués de más de tres siglos”, como han dicho Francisco Fernández Segado y Héctor Fix Zamudio, produjo **instituciones peculiares**, en cuanto se establecieron instrumentos procesales desarrollados en ordenamientos especiales. Es así que el control de constitucionalidad se aplica por numerosos procedimientos<sup>484</sup>.

De ellos, los originales **amparo mexicano**, el **mandado de segurança brasileiro** y la **acción popular colombo-venezuelana**, medio por los que se controla judicialmente los actos del poder, pero también la constitucionalidad de la ley, en general por la vía difusa, pero en ocasiones en control directo, concentrado.

Los influjos notables del modelo austriaco-kelseniano en todo el mundo producirán en Latinoamérica, una suerte de variantes de aquello modelo, aunque casi todos los países que acogieron sus formulas hayan conservado su tradicional modo de control difuso ya operativos.

Pero algunas formulas procesales de control concentrado habían sido practicadas mucho antes en algunos países del continente suramericano y fueron siendo compaginadas con las del modelo norteamericano, debidamente adaptadas a la propia realidad.

El reconocido prestigio que ha ganado el modelo europeo, sobretudo tras la Segunda Guerra Mundial, ha ejercido un poderoso impacto en diversos ordenamientos jurídicos latinoamericanos, que han reformado sus constituciones para introducir mecanismos de control abstracto concentrado, sea entregándolo a sus Cortes Ordinarias de Justicia, integrantes del Poder Judicial, o a Tribunales o Cortes Constitucionales ajenas aquel poder, al estilo austriaco.

En los diversos sistemas jurídicos suramericano se va observar una dicotomía en la actividad del control: de una parte el control que se hace en **defensa de los derechos** y, de otra, el control de la propia **supremacía de la Constitución**. El primer sentido, típico de la *judicial review*, todavía preponderante y de fuerte arraigo cultural, se enfrenta ahora con el apelo avasallador por argumentos de racionalidad, celeridad y el valor de la seguridad jurídica proporcionada por el control abstracto concentrado en los Tribunales máximos de cada país. Frente a los riesgos que plantean las decisiones con efecto *inter partes* donde no haya mecanismo como el principio *stare decisis*, especialmente para

---

<sup>483</sup> Respecto al Brasil el aspecto diferencial más notable es lo que se refiere a la necesidad de suspensión de la ejecución de la ley o acto normativo declarado inconstitucional por decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal para que se despliegue eficacia *erga omnes*. Así que, a la sentencia del más alto Tribunal del país, se exige la integración de un órgano político; la actividad jurisdiccional por si no produce los efectos del *stare decisis* como en el sistema norteamericano.

<sup>484</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Los inicios del control de la constitucionalidad en Iberoamérica: del control político al control jurisdiccional*, p. 90.

igualdad, el argumento irresponsible es el de la eficacia general y fuerza obligatoria para todos los poderes, efectos típicos de las sentencias en control concentrado.

Esos importantes cambios constitucionales, de distinto alcance en cada país, no parece implicar, necesariamente, una opción excluyente entre los dos modos clásicos de control de constitucionalidad, aunque este último traiga la característica lógica de desplazar el primer por fuerza de la eficacia *erga omnes* de las sentencias proferidas por una Corte Suprema o Tribunal Constitucional, que naturalmente debe vincular todos los demás jueces y tribunales.

A nosotros parece que, si llegara a haber la sustitución del control difuso por el control abstracto concentrado, particularmente en el sistema brasileño, además de indeseable y innecesario, ello nada contribuiría para la defensa de los ***derechos individuales*** que, así, quedarían sin pronta protección y, de otra parte, significaría abrir mano de la colaboración valiosa de los jueces y tribunales que, con experiencia acumulada por más de un siglo, pueden y deben seguir siendo los primeros defensores de la Constitución, aparte de que el Supremo sea siempre el Supremo Interprete y posea la última palabra, quizá la primera.

Más bien el que este trabajo pudo demostrar es que ambos modos de control de constitucionalidad responden a finalidades y concepciones distintas en la aplicación de la Constitución y requieren el concurso de órganos judiciales ordinarios, como los primeros garantes de la Constitución, y órganos especiales, como su máximo guardián y interprete, mediante formulas procesales de articulación de diálogo que permita el logro de una jurisdicción constitucional equilibrada, dinámica y incluyente.

## SEGUNDA PARTE

### EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO BRASILEÑO

#### Capítulo V

#### Surgimiento, Desarrollo y Evolución del Control de Constitucionalidad en el Derecho Brasileño

##### Introducción

El correcto entendimiento del sistema de control de constitucionalidad practicado en Brasil en la actualidad requiere un apunte histórico mínimo acerca de su origen y desarrollo. Es el que se va hacer en este apartado, subrayando someramente las razones que definieron, en principio, la formación del modelo de control difuso, la introducción de vías procesales de control abstracto y concentrado y el desarrollo que ha resultado de la combinación del sistema que hasta hoy se mantiene vigente.

El marco inicial de nuestro interés es la primera Constitución brasileña del periodo imperial, pues antes de la independencia, en el período colonial, en el cual estaban vigentes las Ordenaciones Filipinas y Manuelinas, con fuerte inspiración en la escolástica y en el Derecho Canónico, existían en Brasil solamente los Tribunales de Relación de Pernambuco, Maranhão, Bahía y Río de Janeiro. Las causas civiles y penales juzgadas por jueces independientes de los tribunales de las Capitanías recibían apelaciones que eran debidamente encaminadas a los Tribunales de Relación. Sin embargo, entre ellas no existía ningún vínculo, ligándose exclusivamente y en casos excepcionales al Tribunal Superior de Justicia de Lisboa<sup>485</sup>.

No podría hablarse de cualquier tipo de control de las leyes en un país colonizado, por la sencilla razón de que el control de constitucionalidad, siendo control de poder, exige – o supone – un cierto grado de soberanía estatal, condición ésta que faltaba en la colonia que, como se ha mencionado, estaba regida por el Derecho del país colonizador, un país europeo donde tampoco había condiciones para pensar en semejante mecanismo que, por otra parte, presupone, asimismo, órganos judiciales con cierta autonomía y poder<sup>486</sup>.

---

<sup>485</sup> Discurriendo sobre este periodo colonial en Brasil, Álvaro Ricardo de SOUZA CRUZ señala que solamente con la llegada de la Corte Portuguesa a Brasil, huída de las tropas napoleónicas del General Junot, se instaló el primer Tribunal capaz de uniformizar la jurisprudencia nacional, la Casa de Suplicación del Brasil, organizada por el Alvará de 10 de mayo de 1808, a la cual pasara a tener competencia para el juzgamiento de todos los agravios ordinarios y apelaciones del Pará, Maranhão, Isla de las Azores y Madeira, y de la *Relação da Bahia* antes encaminados a la *Casa de Suplicação de Lisboa*. Con la Carta de 1824, que ha recibido toda legislación vigente, la situación no se ha alterado. La *Casa de Suplicação* pasó a llamarse Tribunal Supremo de Justicia, por fuerza del artículo 163 de la Constitución, pero sus poderes han continuado extremadamente restrictivos. “El control de constitucionalidad en aquella época constituía un mecanismo fuera del alcance del horizonte de los diecisiete jueces componentes de la Corte, buena parte de ellos aún portugueses de nacimiento” (in *Jurisdição constitucional democrática*, Del Rey, Belo Horizonte, 2004, p.268-270).

<sup>486</sup> Debe apuntarse que Portugal se independizó en 1139 en la *Batalla de Ourique*, siendo éste el marco inicial de su Derecho. Sin embargo, Portugal sufrió la influencia del Derecho Romano Imperial como toda Europa Occidental. Asimismo, en la Edad Media sufrió la influencia visigótica en la formación de un Derecho vulgar, más precisamente en el de la *Lex Romana Wisigothorum*, así como del Derecho Canónico. En aquel periodo, la particularidad fue la influencia árabe, especialmente en la consolidación del pensamiento aristoteliano en la Universidad de Toledo, que más tarde facilitaría la enorme aceptación de la Escolástica tardía en las tierras portuguesas. Portugal sufriría, aún, la influencia de la Renascencia Medieval del *Corpus Iuris Justinianeu*. Las primeras leyes nacionales fueron adoptadas en 1210, en el Reinado de Afonso II.



## 1) La Constitución Imperial de 1824: la ausencia del control judicial

En el periodo imperial, tras la independencia de Brasil el 7 de setiembre de 1822, la primera Constitución – llamada Constitución Política del Imperio de Brasil- fue otorgada por Su Majestad el Emperador el 25 de marzo de 1824. En el texto de esta Constitución no había control judicial de constitucionalidad de leyes y de actos normativos.

El artículo números 8 y 9 de la Constitución confería al legislativo la tarea de hacer las leyes, interpretarlas, suspenderlas y revocarlas, así como velar por la protección de la Constitución.

En aquella época toda influencia cultural que se tenía en el país provenía de **Europa**, donde prevalecían las ideas francesas, el *jacobinismo* parlamentario<sup>487</sup>, e inglesas sobre la supremacía del parlamento, el que impedía atribuir al Poder Judicial el control de constitucionalidad de las leyes, control ese que es, esencialmente, un control de poder político<sup>488</sup>.

Al propósito, señalaba Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: “...se debe recordar, los hombres públicos del Imperio al elaborar la Carta de 1824 sufrieran la influencia de los doctrinadores políticos de Inglaterra y Francia, y los jueces de entonces, eran poco acostumbrados al Derecho Constitucional de los Estados Unidos de América. Por ello, a pesar de que en este país el Poder Judicial ejerce el control de la constitucionalidad de los actos de los otros poderes, en Brasil se ignoraba esa prerrogativa”<sup>489</sup>.

El *protagonismo del parlamento* en aquella época era incuestionable. La Constitución prescribía: “Art. 13. El poder legislativo es delegado a la Asamblea General”. Y el artículo 15 decía: “Art. 15. Es atribución de la Asamblea General: (...) 8º -Hacer leyes,

---

Todavía, dividido aún en feudos, tales leyes precisaban respetar los forales, diplomas de concepción de privilegios y contratos ligados a la posesión/propiedad territorial envolviendo derechos y deberes feudales. Solamente en 1466 Portugal haría una compilación de los Ordenamientos Jurídicos, las denominadas *Ordenaciones Afonsinas*. Así, no es de extrañar que la primera forma de ocupación del territorio brasileño, las *Capitanías Hereditarias*, tuviese un matiz tan fuertemente feudal (SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de, *Jurisdição constitucional democrática*, Del Rey, Belo Horizonte, 2004, p. 51).

<sup>487</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA apunta: “En el jacobinismo histórico aparece, en efecto, el mito de la Asamblea (la “Convención”, expresión absoluta de la voluntad general) como el lugar donde se posa el Espíritu Santo, o en términos más secularizados, el espíritu colectivo infalible y certero, en una suerte de unión mística lograda a través del debate incesante y de la catarsis que éste procura. Es el jacobinismo, sostenido en el principio representativo absoluto de la voluntad general, el que alimenta el dogma de la soberanía parlamentaria en el constitucionalismo de tipo francés, que proscribía resueltamente todo poder por encima de la Asamblea y, por supuesto, todo poder judicial, simple instrumento ejecutivo de las leyes de la propia Asamblea, instrumento que ella misma controla estrechamente a través de la técnica del *referé legislatif*. Por otra parte, en ese asambleísmo, donde se funde el espíritu y las aspiraciones profundas del pueblo, está el arma revolucionaria por excelencia, el instrumento de reforma y de revulsión de la sociedad, lanzada sobre los privilegios y sobre el egoísmo individual; la Asamblea, pues, y nadie por encima, es el órgano supremo de la justicia revolucionaria. *La volonté nationale* – dijo Sieyès – *n’a besoin que de sa réalité pour être toujours légale; elle est l’origine de toute légalité*”; no hay Derecho alguno al margen de ella que pueda pretender imponerle cualquier Tribunal. Ella puede, por tanto, como no se privó de hacer, fundar el “despotismo de la libertad” Es visible el contraste profundo entre esta concepción que surge de la Revolución Francesa y la que alimenta la Revolución de los puritanos americanos” (in *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, pp.164-165).

<sup>488</sup> Tal como lo comprende hoy, el control de constitucionalidad representa una nueva forma de reparto de poderes, con la institución de una Corte con nítido poder normativo y cuyas decisiones tienen el atributo de la definitividad (Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, in *Controle concentrado de constitucionalidad*, p.33).

<sup>489</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *A teoria das Constituições rígidas*, 2ª ed., Bushatsky, São Paulo, 1980, p. 155.

interpretarlas, suspenderlas y revocarlas. 9º- Velar en la guardia de la Constitución, y promover el bien general de la nación”.

Pimenta Bueno por ello apuntó: “Sólo el poder que hace la ley es el único competente para declarar por vía de autoridad o por disposición general obligatoria el pensamiento, el precepto de ella. Sólo él y exclusivamente él es quien tiene el derecho de interpretar su propio acto, sus propias vistas, su voluntad y sus fines. Ningún otro poder tiene el derecho de interpretar por igual modo, bien porque ninguna ley le dio esta facultad, bien porque sería absurdo la que le diese”<sup>490</sup>.

Además de esto, había otro factor muy importante: la existencia del llamado **Poder Moderador** que la Constitución atribuía al Emperador. En efecto, la Carta Política reservaba al Jefe del Estado la alta competencia para la manutención de la independencia, equilibrio y armonía de los demás poderes. Decía el Art. 98. “El Poder Moderador es la llave de toda organización política, y es delegado privativamente al Emperador como Jefe Supremo de la Nación y su Primer Representante, para que incesantemente vele por la manutención de la independencia, equilibrio y armonía de los demás Poderes Políticos”. Ya en el artículo 101 de la Carta Imperial, conforme apunta Oswaldo Luiz Palu, “puede percibirse que, a través del Poder Moderador, el Emperador podría intervenir en todos los demás Poderes, con mucha más intensidad en el Poder Legislativo, quedando quimérica la posibilidad de que el verdadero constituyente de 1824 fuese a atribuir a un órgano u otro Poder la competencia para controlar la constitucionalidad de las leyes”<sup>491</sup>.

El Poder Moderador, un poder político delegado por la Nación privativamente al Emperador, tenía la función de ejercer la suprema inspección sobre los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial a ver como estos poderes ejercían los poderes que la Nación les delegara. Pero, como ha dicho Visconde de Uruguay, el Poder Moderador no tiene por fin, ni tiene en sus atribuciones medios para constituir nada de nuevo. No es poder activo. Solamente tiene por fin conservar, moderar la acción, restablecer el equilibrio, mantener la independencia y armonía de los demás poderes, lo que no podría hacerse si fuesen similares o estuviesen reunidos y dependientes unos de otros<sup>492</sup>.

En tales condiciones, muy diferentes de las que se tenían en los Estados Unidos de America, no había en el país las mínimas posibilidades de instituirse un modelo de control judicial de constitucionalidad de las leyes, pues, más que la consagración del dogma de la soberanía del parlamento, tendríamos también el dogma del Supremo Guardia de la Constitución en manos del **Emperador**.

Por fin, la propia idea sobre lo que debía ser considerado constitucional y, pues, sobre el que podría ser libremente modificado por el legislador, era muy diferente de lo concebido en Estados Unidos en aquellos tiempos. El artículo 178 de la Constitución preveía: “Es sólo constitucional el que respeta los límites y atribuciones respectivas de los poderes políticos, y los derechos políticos y individuales de los ciudadanos; todo lo que no es constitucional puede ser cambiado, sin las formalidades referidas, por las legislaciones ordinarias”<sup>493</sup>, es decir, la Constitución imperial sólo parcialmente era rígida<sup>494</sup>.

---

<sup>490</sup> PIMENTA BUENO, José Antonio, *Direito público brasileiro y análisis de la Constitución del Imperio*, Senado Federal, Brasília, 1978, p. 69.

<sup>491</sup> *In Controle de constitucionalidad*, p. 121.

<sup>492</sup> *Ensaio sobre o direito administrativo*, Ministerio da Justiça, Brasília-DF, 1997, p. 271.

<sup>493</sup> Señala Ronaldo POLETTI que la idea es de Benjamín CONSTANT, para quién el individualismo consistía en el valor máximo y el triunfo de la individualidad en el escopo de la Política. La libertad debe prevalecer siempre, tanto sobre la autoridad que desearía gobernar por el despotismo, como sobre las masas que reclaman el derecho de la mayoría en subyugar la minoría. Sus ideas inspiraron la Constitución del

## 2) El control de constitucionalidad en la Constitución de 1891

El periodo republicano es el momento inicial del control de constitucionalidad en el Derecho brasileño<sup>495</sup>. Ruy Barbosa, uno de los más notables doctrinadores brasileños, considerado el principal responsable por la introducción del pensamiento jurídico norteamericano en el Brasil<sup>496</sup>, tuvo una participación decisiva en la consolidación del control difuso de constitucionalidad<sup>497</sup>.

El Decreto nº 510, de 22 de junio de 1890 – que publica la Constitución de los Estados Unidos del Brasil, la llamada Constitución Provisoria - en su artículo 58, par. 1º, disponía: “De las sentencias de la justicia de los Estados en última instancia, habrá recurso para el Supremo Tribunal Federal: a) cuando se cuestione la validez o la aplicabilidad de tratados y leyes federales, y la decisión del tribunal del Estado fuera contra ella; b) cuando se impugne la validez de las leyes o actos de los gobiernos de los Estados frente a la Constitución o de las leyes federales y la decisión del Tribunal del Estado considere validos los actos o leyes impugnados”.

El Decreto nº 848, de 11 de octubre de 1890 – que ha organizado la Justicia Federal, creó el STF y el recurso extraordinario- estableció, en su artículo 3º que, “en la conservación y aplicación de la Constitución y de las leyes nacionales, la magistratura federal sólo intervendrá en especie y por provocación de la parte”.

El artículo 9º, párrafo único del referido Decreto prescribía, por otra parte, que “habrá también recurso para el Supremo Tribunal Federal de las sentencias definitivas

---

Imperio brasileño. Adoptando el modelo de monarquía constitucional e ideal del régimen inglés, en su concepción del Poder Moderador el Poder Real estaba investido de una autoridad inviolable. Ese Poder representaba la llave de toda organización política (*la clef de toute organisation politique*). Un Poder neutro diferente del Poder activo de los Ministros. El Poder Real constituía la fuerza de armonizar los poderes, de manera que evitaría que se destruyeran recíprocamente o que uno de ellos prevaleciese, por ser más fuerte, sobre los demás. De ahí su función de preservar, de reparar, sin ser hostil. Para él debería haber cinco poderes. El Poder Real, el Ejecutivo, el Judicial, el representativo de *la duree* (una asamblea hereditaria) y el representativo de *l'opinion* (una asamblea electiva). Al Poder Judicial competiría, apenas, aplicar las leyes a los casos concretos. (*In Controle da constitucionalidade das leis*, Forense, Rio de Janeiro, 2000, p. 74).

<sup>494</sup> Señala Paulo BONAVIDES, para quién la pálida inspección de constitucionalidad prevista en el Art. 173 de la Carta otorgada guardaba feición política: “a la Asamblea General, en el principio de sus secciones, cabría examinar si la Constitución había sido exactamente observada para proveer como fuere justo”(ob.cit. p.75).

<sup>495</sup> La República es proclamada en Brasil por el Decreto nº 1, de 15 de noviembre de 1889, cuyo artículo primero ha establecido: “Queda proclamada provisoriamente y decretada como forma de Gobierno de la nación brasileña la República Federativa”.

<sup>496</sup> La República no era de la aspiración popular, sino el deseo de selectos grupos políticos e intelectuales, civis y militares. SEABRA FAGUNDES, a propósito de la Proclamación de la República presidencialista, critica: ‘la proclamación ha revestido todos los aspectos de un mero pronunciamiento militar, de un golpe armado. El pueblo lo recibió atónito’. El nuevo orden sigue, pese a ello, y, en buena hora, el modelo americano del *judicial control*, hasta porque se adoptaron de ahora en adelante *republica, federación, tripartición de poderes y presidencialismo*, tal cual en los EUA. Pero son grandes las diferencias. Allí, como hemos visto, pese el voluntarismo de los *padres de la patria* hubo toda una evolución histórica construyendo las instituciones; aquí hubo la adopción formal de un modelo a partir del querer de elites cultas, no se pudiendo olvidar, entre sus miembros exponenciales, la figura de Ruy Barbosa, entusiasta del modelo político norte-americano, pero, al mismo tiempo, lúcido y crítico en cuanto a sus posibilidades en Brasil. En la práctica, la llamada “República Vieja”, que ha nacido de las cenizas del Imperio y terminaría con la revolución liberal de 1930, continuará con las prácticas oligárquicas y elitistas que vinieron de aquel período (Cfr. COELHO, Sacha Calmon Navarro, *in O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na constituição brasileira*, p. 153).

<sup>497</sup> (Cfr. FERRARI, Regina Macedo Nery, *in efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, RT, São Paulo, 1999, p.72; Poletti, Ronaldo, *in Controle da constitucionalidade das leis*, Forense, Rio de Janeiro-São Paulo, 2000, p. 77).

proferidas por los Tribunales y jueces de los Estados: a) cuando la decisión hubiere sido contraria a la validez de un contrato o convención, a la aplicabilidad de una ley del Congreso Federal, finalmente, a la legitimidad del ejercicio de cualquier autoridad que haya obrado en nombre de la Unión – cualquiera que sea la alzada; b) cuando la validez de una ley o acto de cualquier Estado sea cuestionada como contraria a la Constitución, a los tratados y a las leyes federales y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o acto...<sup>498</sup>”.

Estaba consagrado, por tanto, el sistema de control difuso o por vía de excepción, es decir, por la posibilidad de provocación de la parte y la correspondiente decisión del juez en un caso concreto en el que se discutiese la constitucionalidad de una ley federal, de un tratado o de un acto de cualquier Estado. Y de la decisión de la Justicia de los Estados cabría un recurso para el STF, el máximo órgano de la estructura del Poder Judicial.

Con la promulgación de la Constitución de 1891 se incorpora en el texto de la Carta el modelo norte-americano de control jurisdiccional de las leyes y actos administrativos. En su Título I, Capítulo V, Sección III (Del Poder Judicial), el Art. 59, par. 1º, preveía: “De las sentencias de las Justicias de los Estados en última instancia habrá recurso para el Supremo Tribunal Federal: a) cuando se cuestione sobre la validez o interpretación de tratados y leyes federales, y la decisión del tribunal del Estado fuera contra ella; b) cuando se impugne la validez de leyes y actos de los gobiernos de los Estados frente a la Constitución, o de las leyes federales, y la decisión del tribunal del Estado considere válidos esos actos, o esas leyes impugnadas”.

Se ha mantenido en el texto constitucional básicamente el modelo antes vigente. Pero, pese a algunas perplejidad inicial ante la innovación, predominó el entendimiento de que nuestro sistema constitucional era más acusado que el norte-americano. Ello porque, como ha destacado Ruy Barbosa, el texto del artículo III, sec. 2ª de la Constitución Norteamericana, fuente a la que suele atribuirse el control judicial difuso, no dice que los tribunales sentenciarán sobre la validez o invalidez de las leyes. Se establece que conocerán las causas regidas por la Constitución, como conformes o contrarias a ella.

Mucho más concluyente es la Constitución Brasileña. En ella no sólo se prescribe que 'Compete a los jueces o tribunales federales procesar y juzgar las causas en que alguna de las partes constituya la acción, o la defensa, en disposición de la Constitución Federal' (Art. 60, a), sino también que 'De las sentencias de las justicias de los Estados en última instancia habrá recurso para el Supremo Tribunal Federal, cuando se cuestione sobre la validez de tratados y leyes federales, y la decisión del tribunal del Estado fuere contraria (Art. 59, § 1º, a)'.

Así que en ella se reconoce, no sólo la competencia de las justicias de la Unión, sino también la de la de las justicias de los Estados para conocer la legitimidad de las leyes ante la Constitución. A favor de las leyes federales, solamente se establece la garantía de que, si la decisión del tribunal del estado fuera contraria a su subsistencia, el proceso podría pasar por vía de recurso al Supremo Tribunal Federal. El STF podría revocar la sentencia, por entender no proceder las razones de nulidad, o confirmarla. Pero, en uno u

---

<sup>498</sup> Estas dos hipótesis de cambio del recurso extraordinario siguen estando presentes en el texto de la vigente constitución (Art. 102, III, letras b y c, CF). Debe notarse que en la primera parte del enunciado el recurso es cabible de cualquier decisión en donde se plantease discusión constitucional, mientras en la segunda parte se cuidaba de recurso por violación de tratado o de leyes federales, a condición de que la sentencia fuera de validación de la ley o acto locales.

otro caso, el principio fundamental es la autoridad reconocida expresamente en el texto constitucional. Todos los tribunales, federales o locales, deberán discutir la constitucionalidad de las leyes de la Unión y aplicarlas o desaplicarlas según ese criterio<sup>499</sup>.

La Ley de n. 221, de 20 de noviembre de 1894, vino a especificar todavía más el sistema judicial de control de constitucionalidad, consagrando en el Art. 13, § 10º, la siguiente cláusula: "Los jueces y tribunales apreciarán la validez de las leyes y reglamentos y dejarán de aplicar en los casos pertinentes las leyes manifiestamente inconstitucionales y los reglamentos manifiestamente incompatibles con las leyes o con la Constitución"<sup>500</sup>.

No había dudas en cuanto al poder otorgado a los órganos jurisdiccionales para ejercer el control de constitucionalidad. Pero referida ley introducirá una condición importante: sólo las leyes y reglamentos manifiestamente inconstitucionales debían ser derogadas, siguiendo el influjo de la doctrina norteamericana, que consideraba que se debía presumir la constitucionalidad de las leyes y que sólo se las deberían declarar inconstitucionales si ello fuera necesario para la solución del litigio<sup>501</sup>.

La vía de excepción, en cuanto vía judicial que es, entra en nuestro ordenamiento jurídico gracias al sistema republicano y federativo por la Constitución de 1891. La justicia de la Unión y las Justicias de los Estados fueron reconocidas del todo competentes para declinar la aplicabilidad a actos inconstitucionales tanto del Ejecutivo como del Legislativo.

Como es de la naturaleza de aquella vía, las decisiones deberían adoptarse en relación a cada caso particular por sentencia proferida en acción adecuada y ejecutable entre las partes<sup>502</sup>.

En 1926 hubo una reforma de la Constitución pero fueron pocos los cambios en el tema de control de constitucionalidad. El Art. 59 del texto de 1891 pasó a ser el n° 60, y la redacción del par. 1º, letra *a* fue modificado de "cuando se cuestione sobre la validez o a la aplicación de tratados y leyes federales, y la decisión del tribunal del Estado fuera contra ella" por "cuando se cuestione sobre la vigencia, o la validez de las leyes federales ante la Constitución y la decisión del tribunal del Estado les negara la aplicación".

---

<sup>499</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, in *Controle concentrado de constitucionalidade*, Saraiva, São Paulo, 2005, pp. 36-37. Quizá las dudas al respeto pudieran versar sobre qué debería pertenecer a la competencia de cada una de las justicias o mejor dicho, cuáles de las leyes o actos podrían ser objeto de control por la Justicia Federal y por la Justicia de los Estados, pues, Joao Carvalho, en un comentario hecho a la Carta de 1891 ha entendido que "cuando la acción o la defensa se fundase en disposición constitucional, que haya sido violada por acto legislativo o ejecutivo del poder federal, la competencia es de la justicia de la Unión (Art. 60, a). Cuando se fundase en disposición constitucional que haya sido violada por acto del poder legislativo o ejecutivo de los poderes de los Estados, la competencia sería de las justicias estatales, con recurso para el tribunal supremo (Art. 59, par. 1º) (*apud* VELOSO, Zeno, in *controle jurisdiccional da constitucionalidade*, Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p. 30). Sin embargo, ante el texto constitucional de 1891, la tesis no procedía. La competencia de la Justicia Federal solo se fijaba – y hasta hoy es así – en caso de un acto jurídico o de una relación jurídica donde haya interés de la Unión pero no necesariamente cuando el objeto del control fuese la ley federal, pues esta tenía – y sigue teniendo – vigencia y aplicación en toda la federación y los jueces estatales podrían considerarlas inconstitucionales en el juicio del caso concreto.

<sup>500</sup> Apunta Paulo BONAVIDES que Alfredo Buzaid ha aclamado la disposición como una "sintiese feliz" que en materia de inconstitucionalidad traduce el rigor del principio de los principios, enmarca el paso definitivo de la evolución del Derecho brasileño o señala, en suma, entre nosotros la doctrina de la supremacía del Judiciario" (BUZOID, Alfredo, *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, in *Revista Forense* 179/18, set-out. 1958, *apud* BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, p. 327).

<sup>501</sup> Cfr. PALÚ, Oswaldo Luiz, ob. cit. p. 122.

<sup>502</sup> *Curso de direito constitucional*, Malheiros, São Paulo, 2006, p. 327.

Se ha suprimido, por tanto, los tratados como objeto del control de constitucionalidad frente al texto de la Constitución. Asimismo, se ha asumido la concepción de que el control incidiría sobre la vigencia o validez de la ley y que la decisión incumbía en la recusa o no aplicación de la ley o acto impugnados en el caso concreto.

Se consolidaba así, el amplio *sistema de control difuso de constitucionalidad del derecho brasileño*: la iniciativa podría ser de cualquier persona en un proceso de partes en el que se cuestionara, incidentemente, la validez de ley o un acto administrativo frente a la Constitución Federal, cuya decisión admitía recurso al órgano máximo de la estructura del Poder Judicial y los efectos de la resolución sólo alcanzaban las partes del proceso.

### **3) Los cambios introducidos en el control de constitucionalidad por la Constitución de 1934.**

En la Carta de 1934 se introdujeron profundos cambios en el sistema de control de constitucionalidad. Aunque se mantuviera, en el artículo 76, III, b y c, las disposiciones contenidas en la Constitución de 1891, el constituyente ha determinado, en el artículo 179, que la declaración de inconstitucionalidad solamente podría ser realizada por la mayoría de la totalidad de los miembros de los tribunales<sup>503</sup>.

Esta innovación ha sido reconocida como una influencia directa de la jurisprudencia de la Corte Suprema Norteamericana, donde se entiende que sólo la mayoría de los votos de los jueces del tribunal puede traer certidumbre al respeto de la orientación de la Corte. Esta norma constitucional ha sido mantenida en todos los textos constitucionales posteriores hasta la Carta vigente, siendo, pues, tradición de nuestro derecho constitucional.

Una regla nueva e importante fue la contenida en el Art. 68 de la Constitución, según la cual “Es vetado al Poder Judicial conocer cuestiones exclusivamente políticas”, también considerada por la doctrina como influencia de la jurisprudencia norteamericana.

Pero otras dos novedades fueron las más importantes: la creación de la llamada “representación interventiva” y la competencia atribuida al Senado Federal para suspender la ejecución, en el todo y en parte, de cualquier ley o acto, deliberación o reglamento, cuando fuesen declarados inconstitucionales por el Poder Judicial.

El artículo 12 de la Constitución prescribía: “La Unión no intervendrá en negocios peculiares a los Estados, salvo: (...) V- Para asegurar la observación de los principios constitucionales especificados en las letras *a* hasta *h* del Art. 7º, nº I, y la ejecución de las leyes federales; (...) par. 2º Ocurriendo el primer caso del nº V, la intervención sólo se efectuará después de que la Corte Suprema, mediante provocación del Procurador-General de la República, tomara conocimiento de la ley que la tenga decretado y le declara la constitucionalidad”<sup>504</sup>.

<sup>503</sup> El Decreto Federal 938 de 29 de diciembre de 1902, sin embargo, ya hablaba en el juicio de tales causas en los tribunales con la presencia por al menos de 10 de sus miembros no impedidos”. Pero, como se ve, era una regla que exigía *quorum* sólo para deliberación, no un “*quorum* de resultado”, como hizo la Carta del 34. Decía el Art. 179. “Sólo por mayoría absoluta de votos de la totalidad de sus jueces podrán los tribunales declarar la inconstitucionalidad de ley o de acto del poder público”. Queda claro que la exigencia de la mayoría absoluta pasará a ser condición de eficacia de la sentencia (Cfr. BITENCOURT, C. A., in *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, Ministerio da Justiça, Brasília-DF., 1997, pp. 443-44).

<sup>504</sup> PALÚ, Oswaldo Luiz, in *Controle da constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos*, RT., São Paulo, 2001, p. 123.

Se instituía así una vía procesal abstracta de control de constitucionalidad de la ley que decretase la intervención federal de la Unión en los Estados, la primera de las acciones de control concentrado en el Supremo Tribunal Federal. El objeto del control era la ley aprobada por el Congreso, por iniciativa del Senado Federal, el único legitimado para dicha representación era el Procurador-General de la República y el parámetro de control era constituido por el conjunto de principios constitucionales hoy llamados principios constitucionales sensibles.

Estaba claramente delineada la *primera acción directa de control de constitucionalidad*, aunque de forma mitigada o específica; el examen de constitucionalidad por el STF ya no ocurriría solo incidentemente en el transcurso de una demanda, pero sí por efecto de una provocación cuyo objeto era la declaración misma de constitucionalidad de la ley que decretara la intervención federal<sup>505</sup>.

Se trataba de una fórmula peculiar de composición judicial de *conflictos federativos*, que condicionaba la eficacia de la ley interventiva, de iniciativa del Senado (Art. 41, § 3º), a la declaración de su constitucionalidad por el Supremo Tribunal. Ese control configuraba, según piensa Pedro Calmon, un sucedáneo del derecho de veto, atribuyéndose a la Corte Suprema el poder de declarar la constitucionalidad de la ley de intervención y afirmar, *ipso facto*, la inconstitucionalidad de la ley o acto estadual. Pero, como ha advertido Gilmar Ferreira Mendes, no se trataba de formulación de un juicio político, exclusivo del Poder Legislativo, sino de un examen puramente jurídico”, incluso porque, como hemos visto, el artículo 68 de la misma Carta vetaba semejante función política al Supremo Tribunal Federal<sup>506</sup>.

Por otra parte, con la competencia atribuida al Senado Federal para "*suspender la ejecución*, en todo o en parte, de *cualquier ley o acto, deliberación o reglamento*, cuando hayan sido declarados *inconstitucionales* por el Poder Judiciario", prevista en el Art. 91, IV de aquella Carta, se buscaba prestar eficacia *erga omnes* a la decisión proferida por el Supremo Tribunal Federal (Art. 91, IV).

Se explicita en el Art. 96 de la Constitución, “Cuando la Corte Suprema declare inconstitucional cualquier dispositivo de ley o acto gubernamental, el Procurador-General de la República comunicará la decisión al Senado Federal, para los fines del Art. 91, IV, y a la autoridad legislativa o ejecutiva de que tenga emanado la ley o acto”. Quedaba claro que la intervención del Senado sólo se haría por petición del Procurador-General de la República y tras la decisión del STF, no por decisión de cualquier juez o tribunal<sup>507</sup>; quedaba claro que, una vez suspensa la ejecutoriedad de la norma, ésta ya no podría ser aplicada en el ordenamiento jurídico nacional.

En efecto, referida fórmula afrontaba el grave problema derivado del sistema de control difuso entre nosotros. Al contrario de lo que ocurre en el derecho norteamericano, donde se aplica el mecanismo del *stare decisis*, los jueces brasileños, de formación germano-romana, nunca se sintieron vinculados por las decisiones de los

<sup>505</sup> Cfr. BONAVIDES, Paulo, in *Curso de direito constitucional*, p. 328. Regina Macedo Nery FERRARI, no identifica este proceso con la vía de acción por entender que el objeto de la declaración no es anular la ley (ob. cit. p. 75).

<sup>506</sup> *Controle concentrado de constitucionalidade*, pp. 39-40.

<sup>507</sup> PALÚ, Oswaldo Luiz, ob. cit. p. 124. Ronaldo POLETTI, en comentarios al Art. 91, IV, de la Carta de 1934, habla de que el Senado, ante la regla, podría tal vez, adoptar la medida suspensiva aunque la declaración hubiese sido proferida por un juez singular o por un Tribunal estatal (in *Controle da constitucionalidade das leis*, p. 80). Pero el Art. 96 de la Carta, al hablar explícitamente de “Cuando la Corte Suprema declare la inconstitucionalidad ...”, no deja lugar a dudas de que se reporta a una decisión del órgano máximo del Poder Judicial, el STF, el único que puede llamarse Corte Suprema.

tribunales superiores, y por tanto, ni siquiera la ley declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal en el caso concreto podría dejar de ser válida y aplicable en otros supuestos si no existiese un mecanismo que extendiera la eficacia de la sentencia.

Sin embargo, la atribución de tal competencia al Senado Federal, una competencia que bien podría quedar en manos del propio Supremo Tribunal Federal, nunca fue justificable. Las explicaciones para la fórmula, en verdad, son de naturaleza estrictamente política.

Antes de nada, conviene precisar que la naturaleza de esa decisión del Senado Federal en extender *erga omnes* la eficacia de la decisión del Supremo Tribunal Federal no es legislativa, sino jurisdiccional, aunque tiene un carácter político<sup>508</sup> como todo control de constitucionalidad lo tiene.

Esa naturaleza venía explícita en el propio contenido del Art. 91, IV de la Constitución, ya que el texto sólo atendía a la suspensión de la ejecución de la ley o acto. Es decir, el cometido único del Senado era suspender la ejecución –aplicabilidad– no se preocupaba de la revocación de la ley o acto, que continuaba existiendo<sup>509</sup>, lo que no ocurriría si se tratara de una función legislativa que, además, pertenece no sólo al Senado, sino también a la Cámara de los Diputados<sup>510</sup>.

En realidad, el Senado Federal en aquella época tenía funciones muy amplias, posea un *status* de coordinación de los poderes, con competencias que acordaban el extinto Poder Moderador<sup>511</sup>. Durante la constituyente que resultara en la Carta de 1934, la idea de Cortes Constitucionales hacia eco, habiendo salido derrotada una propuesta de creación de una Corte de Justicia Constitucional hecha por el Diputado Nilo Alvarenga<sup>512</sup>.

Superada tal propuesta, había otra de creación de un Consejo Supremo que pretendía precisamente otorgar a este órgano la función de declarar, genérica y obligatoriamente, la inconstitucionalidad de las leyes y de los actos de los poderes federales y de las Provincias y de autoridades municipales, mediante representación de cualquier autoridad, ciudadano o *ex officio*. Pero, ante las resistencias puestas por los partidarios de una Corte Constitucional en los moldes europeos, como Checoslovaquia y Austria, se ha llegado a una solución de compromiso con la atribución de aquella función al Senado Federal, como órgano de coordinación de los poderes<sup>513</sup>.

Conforme Ana Valderez Ayres, “existe evidencia de que la atribución al Senado de la competencia para suspender la ejecución de ley declarada inconstitucional

---

<sup>508</sup> Poletti, RONALDO, ob. cit. p. 150.

<sup>509</sup> Debe recordarse que ésta era la concepción sobre la inconstitucionalidad en el derecho norteamericano, donde la ley no era aplicada, quedaba inutilizada, pero permanecía en los libros.

<sup>510</sup> Consecuencia del modelo legislativo bicameral.

<sup>511</sup> Entre las competencias atribuidas al Senado Federal estaba la de “examinar, en confronto con las respectivas leyes, los reglamentos expedidos por el Poder Ejecutivo, y suspender la ejecución de los dispositivos ilegales” (Art. 91, II). En comentario a este dispositivo PONTES DE MIRANDA destacó que “tal atribución otorgaba al Senado Federal un poco de la función de Alta Corte Constitucional (...)” (Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, in *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 40).

<sup>512</sup> PALÚ, Oswaldo Luiz, ob. cit. p. 125. La doctrina muestra, de manera unánime, las disputas en la Constitución de 1934 sobre la creación de la Corte Constitucional, dada las deficiencias del modelo difuso, que permitía que la norma declarada inconstitucional siguiese vigente por un largo periodo de tiempo, produciendo graves injusticias. Conforme MENDES, el proyecto de creación de una Corte Constitucional se hubiera inspirado en el modelo austriaco. En el fundamento de la propuesta se refería directamente a la conferencia de Kelsen sobre la esencia y el desenvolvimiento de la jurisdicción constitucional (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*) (in *Controle concentrado de constitucionalidade*, pp. 40-41).

<sup>513</sup> Ídem, p. 126.



por el Supremo Tribunal Federal fue una solución de compromiso. La idea era atribuir dicha competencia a un Consejo Federal, órgano con función parajudicante, fuera de los aparatos jurisdiccional y legislativo. Eran ya influencias europeas, provenientes de Austria, que servían perfectamente a la tentativa de bloquear el poder del Supremo Tribunal Federal. La idea no vengó y el Senado recibió la misión, de fondo jurisdiccional, de completar el proceso de inconstitucionalidad de las leyes”<sup>514</sup>.

Sin margen de error, puede decirse que *a partir de 1934 el sistema brasileño de control de constitucionalidad se amplía considerablemente, con la primera vía procesal de control abstracto* –aunque sólo para fines de intervención- y va a permitir una definición básica del modelo híbrido que se ha consolidado en los días actuales<sup>515</sup>. Además de esto, la Carta de 1934 introduce el *mandado de segurança* y la acción popular, importantes instrumentos procesales por medio de los cuales se incrementaría el control de constitucionalidad por el modo difuso.

#### 4) El retroceso del control de constitucionalidad en la Constitución de 1937

Un inequívoco retroceso en el sistema de control de constitucionalidad ocurrió en la Constitución de 1937, la llamada “Constitución Polaca” - por la influencia de su congénere polonesa de 1935, impuesta por el Mariscal Josef Pilsudski<sup>516</sup>- también conocida como el estatuto del Estado Nuevo, en la que el autoritarismo y la concentración de poderes en manos del Ejecutivo fueron muy marcados<sup>517</sup>.

Mantuvo la Constitución la competencia del Supremo Tribunal Federal para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, incluso con la exigencia del *quórum* especial, pero introdujo la regla del artículo 96, párrafo único, segundo la cual “en el caso de ser declarada la inconstitucionalidad de una ley que, a juicio del Presidente de la República, sea necesaria para el bien-estar del pueblo, la promoción o defensa del interés nacional de alta monta, el Jefe del Ejecutivo podrá someterla nuevamente a examen del Parlamento: si éste la confirmara por dos tercios de votos en cada una de las Cámaras, quedará sin efecto la decisión del Tribunal”.

---

<sup>514</sup> *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na constituição de 1988*, p. 161.

<sup>515</sup> Álvaro Ricardo de SOUZA CRUZ entiende que las innovaciones ocurridas en el control de constitucionalidad en la Constitución de 1934 atendían exclusivamente a los intereses del gobierno, dado que la introducción de la representación interventiva era un instrumento de centralización del Estado brasileño (*in Jurisdição constitucional democrática*, Del Rey, Belo Horizonte, 2004, p. 285).

<sup>516</sup> BARROSO, Luis Roberto, *in O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, Renovar, Rio de Janeiro- São Paulo, 2002, p. 22.

<sup>517</sup> Señala José Afonso da SILVA: “El país ya se encontraba sobre el impacto de las ideologías que predominaban en el mundo del posguerra de 1918. Los partidos políticos asumían posiciones ante la problemática ideológica vigente: surge un partido fascista, barullero y violento – la “Acción Integralista Brasileña”, cuyo jefe, Plínio Salgado, como Mussolini y Hitler, se preparaba para tomar el poder; se reorganiza el partido comunista, aguerrido y disciplinado cuyo jefe, Luis Carlos Prestes, también quería el poder. Getúlio Vargas en el poder, electo por la Asamblea Constituyente para el cuatrienio constitucional, a la manera de Deodoro, como este, disuelve la Cámara y el Senado, revoca la Constitución de 1934, y promulga la Carta Constitucional de 10.11.1.37” La Carta de 1937 no tuvo, todavía, aplicación regular. Muchos de sus dispositivos permanecieron como letra muerta. Hubo una dictadura pura y simple, con todo el Poder Ejecutivo y Legislativo concentrado en manos del Presidente de la República, que legislaba por vía de los decretos-ley que él mismo aplicaba después como órgano del Ejecutivo. Veintiuna enmiendas sufrió esa Constitución a través de leyes constitucionales, que cambiaban al sabor de las necesidades y conveniencias del momento y, no era extraño que cambiase hasta el capricho del jefe del gobierno. (*in Curso de direito constitucional positivo*, Malheiros, 16ª ed., São Paulo, 1999, pp.84-85).

***El Presidente de la República pasaba a constituirse el árbitro*** exclusivo sobre la conveniencia de someter o no la decisión del Supremo Tribunal Federal que declarara inconstitucional una ley a la criba del Parlamento y a éste si le confería la prerrogativa de invalidar la decisión del más alto tribunal del país en la materia. Con ello se suprimía el control judicial definitivo sobre la constitucionalidad de la ley entregándole al poder político<sup>518</sup>.

Conforme expuso Celso Bastos, la fórmula implicaba una peculiar modalidad de revisión constitucional, pues la ley confirmada pasaba a tener, en realidad, la fuerza de una enmienda a la Constitución<sup>519</sup>. Varios doctrinadores se manifestaron a favor de la medida, aunque la mayoría la rechazaran<sup>520</sup>.

Pero, cuando en 1939, el Presidente Getúlio Vargas editó el Decreto-Ley n. 1.564, confirmando textos de ley declarados inconstitucionales por el Supremo Tribunal Federal, la reacción en los medios judiciales fue intensa<sup>521</sup>.

Por otro lado, la Carta de 1937 mantuvo la prohibición al Poder Judicial de conocer las cuestiones exclusivamente políticas (Art. 94), sacó de su texto el *mandado de segurança* como garantía constitucional, que ha pasado a ser disciplinado por la legislación ordinaria. A su vez, el Código de Proceso Civil de 1939, excluyó de la apreciación judicial, en la vía mandamental, los actos del Presidente de la República, de los ministros de Estado, de los gobernadores e interventores de los Estados<sup>522</sup>.

## **5) La restauración del sistema de control en la Constitución de 1946**

El momento de profundo eclipse vivido en el país durante el llamado Estado Nuevo es superado tras la Segunda Guerra Mundial –en la que Brasil participó al lado de los aliados–, con el movimiento de redemocratización del país que ha culminado con la Constitución de 1946 y, en particular, en la restauración del sistema de control de constitucionalidad.

El texto de la Carta de 1946 vuelve a la tradición del control judicial de constitucionalidad brasileño, reafirmando principios de la Constitución de 1934. Además, en la vigencia de esta Carta se amplía todavía más el control abstracto y concentrado de constitucionalidad, como se señalará más adelante.

En lo que se refiere al Supremo Tribunal Federal, la Constitución mantuvo su competencia de juzgar los recursos ordinarios (Art. 101, II, a, b e c). En su Art. 101, III, sometió a recursos extraordinarios las causas decididas en única o última instancia por los tribunales y jueces : "a) cuando la decisión fuera contraria a dispositivo de esta Constitución o a la letra de tratado o ley federal; b) cuando se cuestionare la validez de ley federal frente a esta Constitución, y la decisión recurrida negar aplicación a la ley

---

<sup>518</sup> “Por consiguiente, el Presidente de la República pasaba a ser “instancia de recurso en materia de Constitución”; a partir de su manifestación, la ley, aunque viciada, podría volver a ser confirmada por el Legislativo, hecho que, desconsiderando la manifestación del más alto tribunal del país, proporcionaría, en términos reales, una efectiva reforma constitucional, porque, siendo el sistema jurídico un todo armonioso, no se puede concebir que en su conjunto pueda haber dos normas de jerarquías conflictivas” (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, *in Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, RT., São Paulo, 1999, p. 76).

<sup>519</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de derecho constitucional*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 1982, p. 63, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira, *in Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 41.

<sup>520</sup> Entre ellos Candido Mota Filho, Francisco Campos, Alfredo Buzaid y Genesio de Almeida Moura. Es lo que apunta Gilmar Ferreira MENDES, ob. cit. p. 41-42.

<sup>521</sup> Ob. cit. p. 42.

<sup>522</sup> Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, ob. cit. p. 43.

impugnada; y c) cuando se contestar la validez de ley o acto de gobierno local frente esta Constitución o de ley federal, y la decisión recurrida juzgar válida la ley o acto"<sup>523</sup>.

Se ha preservado la exigencia del *quórum* de mayoría absoluta de los miembros del Tribunal para la eficacia de la decisión declaratoria de inconstitucionalidad (Art. 200). La atribución de competencia al Senado Federal para suspender la ejecución de la ley declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo, que inicialmente no estaba prevista en el anteproyecto de la Constitución, acabó siendo reintroducido por una enmienda del Diputado Atilio Vivacqua<sup>524</sup>.

Pero, el Senado ha vuelto a ser un órgano del Poder Legislativo, sin las características de “coordinación de los poderes”, casi un cuarto poder, *status* que le había sido conferido por el constituyente de 1934<sup>525</sup>. El artículo 64 de la Constitución fue así redactado: “Incumbe al Senado Federal suspender la ejecución, en el todo o en parte, de la ley o decreto declarados inconstitucionales por decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal”.

Hubo una restricción en tal cometido pues, mientras la Carta de 1934 atribuía al Senado la “competencia para suspender una ley o acto, deliberación o reglamento”, la Carta de 1946 sólo autorizaba la suspensión de ley o decreto declarados inconstitucionales.

No sólo se ha mantenido la llamada *representación interventiva*, como mecanismo de composición de conflictos entre la Unión y los Estados, sino que también se le ha dado nueva conformación.

Al Procurador-General de la República se le atribuyó la titularidad de la *representación de inconstitucionalidad*, para los efectos de intervención federal en los casos de violación de los siguientes principios: a) forma republicana representativa; b) independencia y armonía entre los poderes; c) temporariedad de las funciones electivas, limitada la duración de éstas a las de las funciones federales correspondientes; d) prohibición de la reelección de gobernadores y *Prefeitos*<sup>526</sup> para el periodo inmediato; e) autonomía municipal; f) prestación de cuentas de la administración; g) garantías del Poder Judicial (Art.8º, párrafo único, c/c o Art. 7º, VII, CF).

El objeto de control de constitucionalidad en la representación interventiva era la legislación estadual ofensiva a la Constitución Federal<sup>527</sup>. Por otra parte, el parámetro de control era también restringido a los principios enmarcados en el texto constitucional. Tras la declaración de inconstitucionalidad por el STF, sin embargo, el Congreso Nacional podría suspender la ejecución del acto impugnado, en cuyo caso se evitaba la intervención federal (Art. 13, CF)<sup>528</sup>.

---

<sup>523</sup> Ídem, p. 43.

<sup>524</sup> PALÚ, Oswaldo Luiz, ob. cit. p. 129.

<sup>525</sup> Ídem, pp. 129-130.

<sup>526</sup> El Prefeito, en Brasil, es el jefe del Poder Ejecutivo Municipal, comparable, en terminos, con el Alcalde en el derecho español.

<sup>527</sup> Se tratando de modalidad de composición de conflictos entre la Unión y los Estados, y siendo único legitimado a la representación el Procurador-General de la República, jefe del Ministerio Público Federal – que ejercía en la época también las funciones de defensa de los intereses de la Unión- por supuesto que el objeto de la representación era la legislación de los Estados.

<sup>528</sup> El acto declarado inconstitucional por el STF, que tanto podría ser ley o acto normativo estadual, podría ser suspendido por el Congreso Nacional, caso este entendiera suficiente la medida para recobrar la normalidad, es decir, se cuidaba de mecanismo destinado a evitar la intervención autorizada por el Supremo Tribunal Federal en caso de que ello fuera posible.

Así, se invertía el mecanismo en relación al modelo de 1934 pues, mientras en aquel derecho el Tribunal Supremo enjuiciaba la constitucionalidad de una ley de intervención ya aprobada por el Senado y, por supuesto, la constitucionalidad o no de la ley o acto estadual, en el régimen de la Carta de 1946 lo que había de ser llevado al conocimiento del Tribunal era el propio acto estadual – ley o acto normativo- impugnado, y si la decisión del STF fuera por su inconstitucionalidad, estaba satisfecha la condición jurídica necesaria para la intervención<sup>529</sup>.

Dada la ausencia de reglas sobre el proceso de la representación de inconstitucionalidad, el STF ha desarrollado mecanismos procedimentales que vendrían a ser consolidados posteriormente. La Ley n. 2.271, de 22 de julio de 1954, dispuso que debía aplicarse-la el proceso del *mandado de segurança* (Art. 42). La primera fase, sin embargo, continuaba siendo procesada en la Procuraduría-General de la República, tal como en el período anterior al advenimiento de la disciplina legal (Art. 22). "Era el Procurador-General quien recibía la representación de la parte y, en el plazo de 45 días improrrogables, contados desde la comunicación de la respectiva firma, oía, sobre las razones de la impugnación del acto, a los órganos que lo hubiesen elaborado o practicado<sup>530</sup>.

La Ley n. 4.337, de 1964, cambió el procedimiento, determinando que, tras la representación, el ponente oyese sobre las razones de impugnación del acto, en el plazo de treinta días, los órganos que lo hubiesen elaborado o expedido. También, se admitía el juicio inmediato del asunto, en caso de urgencia y relevancia del interés de orden público, dándose conocimiento de la supresión del plazo a las partes.

Tuvo amplia utilización esta modalidad de acción en el régimen constitucional de 1946, habiendo desarrollado el Supremo Tribunal Federal, en diversos juicios, relevantes esfuerzos que germinaron en una doctrina que a pocos años conduciría a la consagración del control abstracto concentrado de constitucionalidad en Brasil.

En efecto, señala Ronaldo Poletti, la acción directa de control de constitucionalidad, para fines de intervención, fue un paso importantísimo para la doctrina brasileña, pues a partir de aquella acción ha sido posible construir toda una doctrina que acabó por desembocar en el actual sistema brasileño de control de constitucionalidad de las leyes, ayudando a resolver sus problemas<sup>531</sup>.

Así que, conforme la temprana doctrina asentada por el Supremo Tribunal Federal, han sido desarrollados sendos razonamientos en cuanto a la naturaleza, el objeto, el alcance y los efectos de esta acción. En la Representación 94, el Ministro Castro Nunes señala que se trata de una función jurídica, no política, del Tribunal, que ejercía función de árbitro final del contencioso de inconstitucionalidad, pero que la pronunciación de inconstitucionalidad no implicaba simplemente alejar la aplicabilidad de la ley inconstitucional. Dijo:

"Atribución nueva, que el Tribunal Supremo es llamado a ejercer por primera vez y cuya eficacia está confiada por la Constitución, en primera mano, al patriotismo del propio legislador estatal en cumplir, desde luego, la decisión y, si fuese necesario, al Congreso Nacional, en la comprensión esclarecida de su función coordinada con la del

<sup>529</sup> Es lo que ha apuntado Oswaldo Luiz PALÚ, ob. cit. p. 130. Esta innovación no sólo ahorra medios, ya que eliminaba el proceso de votación de una ley federal que podría ser declarada inconstitucional por el STF, sino que racionalizaba el proceso, pues el objeto de la acción pasaría a ser el comportamiento del Estado frente a los principios constitucionales.

<sup>530</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, in *O controle concentrado de constitucionalidade*, pp. 49-50.

<sup>531</sup> Ob. cit. p. 84.

Tribunal, no será inútil el examen de esos aspectos, para delimitar la extensión, la ejecución y la conclusión del juzgado.

En la declaración en especie, el Poder Judicial aleja la ley, decide el caso por inaplicación de ella, y ejecuta, él mismo, su sentencia.

Se trata aquí, sin embargo, de inconstitucionalidad en tesis, y en ello consiste la innovación desconocida entre nosotros en la práctica judicial, hasta entonces no permitida por la Constitución.

En tales casos la inconstitucionalidad declarada no se resuelve en la no aplicación de la ley al caso o en el juicio del derecho cuestionado por abstracción del texto legal comprometido; se resuelve por una fórmula legislativa o casi legislativa que vine a ser la no-vigencia, virtualmente decretada, de una ley dada.

En los juicios en especie, el Tribunal no anula ni suspende la ley, que subsiste en vigor y continuará siendo aplicada hasta que, como establece la Constitución, el Senado ejercite la atribución del Art. 64.

En la declaración en tesis, la suspensión redundaría en la abrogación de la ley o en la derogación de los dispositivos alcanzados, no cabiendo al órgano legislador censurado sino la atribución meramente formal de modificarla o rehacerla, según las directivas prejuzgadas; es una inconstitucionalidad declarada *erga omnes*, y no solamente entre las partes; la ley no fue alejada apenas en concreto; fue cesada para todos los efectos"<sup>532</sup>.

Con estos razonamientos, apunta Gilmar Ferreira Mendes, “el eminente jurista y magistrado ha logrado fijar principios del propio control abstracto de normas, que vendrían a ser introducidos, entre nosotros, por la Enmienda n. 16, de 1965”<sup>533</sup>.

Pese a los esfuerzos en el sentido de proyectarse aquella representación en la clase de la acción de control abstracto concentrado, su exacta dimensión, nos parece, ha sido ofrecida por el Ministro Moreira Alves: “La representación interventiva es un instrumento jurídico que se integra en el proceso político – la intervención- para legitimarlo. Aunque diga respeto a la ley en tesis, no se presenta, propiamente, como instrumento de control concentrado de constitucionalidad, una vez que la declaración de inconstitucionalidad obtenida en ella no opera *erga omnes*, sino que apenas posibilita (como anhelo de una cadena en la que se conjugan poderes diversos) al Presidente de la República (o el Gobernador, si fuera el caso) suspender la ejecución del acto impugnado”<sup>534</sup>.

En la práctica, por medio de esa acción llegaban al STF no sólo conflictos entre la Unión y los Estados, sino también conflictos entre los propios poderes del Estado que, a través de representaciones que hacían al Procurador-General de la República, buscaban impugnar actos contrarios a la Constitución Federal, emanados del legislativo o del ejecutivo estatal. Y en más de veinticinco años de vigencia de ese artículo de la Constitución de 1946, inúmeros dispositivos de Constituciones y leyes estatales fueron

---

<sup>532</sup> *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 48.

<sup>533</sup> Ídem, p. 48. De hecho, tal como ha dicho BONAVIDES, el camino abierto a la verificación judicial de la constitucionalidad de las leyes era realmente apretado, pues, como ha apuntado J. L. de Anhaia Mello, “escapaban de su campo de incidencia los actos federales en general y los estatales que no iban en contra de los principios del Art. 7º, inciso VII de la Constitución Federal, así como los actos locales que contradecían la Constitución estatal, amén de los municipales” (BONAVIDES, Paulo, ob. cit. p. 330).

<sup>534</sup> RE 92.169, RTJ 103/1112, (cfr. POLETTI, Ronaldo, ob. cit. p. 85).

declarados inconstitucionales por este medio, pero sin que hubiese de ello intervenciones<sup>535</sup>.

Muchas de esas representaciones llevadas al STF – apunta Oscar Vilhena Viera- eran originarias de las propias autoridades estatales, que no tenían ninguna intención de ver decretada la intervención federal sino ver impugnado el acto o ley que juzgaban inconstitucionales<sup>536</sup>. Ello era posible porque, como hemos visto, la declaración de inconstitucionalidad no poseía ejecución inmediata pero dependía, al fin y al cabo, del propio poder político, ya que era el Congreso Nacional quien podría suspender el acto declarado inconstitucional, si ello bastara para restaurar la normalidad en el Estado, lo que lógicamente ocurría con frecuencia.

El cambio significativo, que efectivamente implicó la extensión del ámbito material del control por vía de acción, vino con la Enmienda Constitucional nº 16, de 1965, que instituyó, al lado de la representación interventiva, y en los mismos moldes, el control abstracto de normas estatales y federales.

El artículo 2º de referida enmienda da nueva redacción a la línea k del inciso I del Art. 101 de la Constitución Federal de 1946 y atribuy al Supremo Tribunal Federal la competencia para procesar y juzgar originariamente la ***representación contra la inconstitucionalidad de ley o acto de naturaleza normativa, federal o estadual, encaminada por el Procurador-General de la República***”.

Era el paso definitivo para el ***control abstracto y concentrado*** de constitucionalidad de leyes. Es decir, el Tribunal Supremo Federal pasaría desde entonces a conocer en abstracto la legitimidad de la norma, mediante fiscalización genérica, con el fin de averiguar el vicio de inconstitucionalidad en defensa del orden constitucional.

Paulo Bonavides señala: “La vía de acción tomó, en consecuencia, un perfil definido: toda ley de nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la aplicación del nuevo dispositivo constitucional, podría ser objeto de un examen de constitucionalidad, mediante una acción directa o específica, destinada exclusivamente a liquidar el punto de controversia. La ley en tesis, abstractamente, desvinculada de la vía incidental, era susceptible, por tanto, de verificación de constitucionalidad, siendo competente para el ejercicio de esa acción el Procurador-General de la República”<sup>537</sup>.

La legitimación para la representación seguía siendo exclusiva del Procurador-General de la República; el objeto de la acción eran leyes o actos de naturaleza normativa, tanto federales como estatales, pero el parámetro constitucional pasaba a ser todo el texto de la Constitución<sup>538</sup>.

El control abstracto de constitucionalidad fue ampliado, todavía, en un punto relevante: la misma Enmienda Constitucional ha añadido en el Art. 124 el inciso XIII: “la ley podrá establecer un proceso, de competencia originaria del Tribunal de Justicia, para la

---

<sup>535</sup> Cfr. VIEIRA, Oscar Vilhena, *in Supremo Tribunal federal, jurisprudencia política*, Malheiros, São Paulo, 2002, p. 122.

<sup>536</sup> Ídem, p. 122.

<sup>537</sup> *Curso de direito constitucional*, p. 330.

<sup>538</sup> Debe señalarse que la introducción de la vía de control directo de constitucionalidad entre nosotros ha coincidido con el inicio de régimen militar. La Acta Institucional 2, de 27.10.1965, ha aumentado el número de Ministros en el STF, de once para dieciséis y, entre otras medidas, ha suspendido las garantías constitucionales de los jueces de la vitalicididad, inamovilidad y estabilidad (Art. 14).

declaración de inconstitucionalidad de ley o acto de Municipio en conflicto con la Constitución de Estado”<sup>539</sup>.

Aunque referida ley no fuera producida, la regla fue importante para el control abstracto concentrado de constitucionalidad porque tras su edición, la idea vendría a ser reintroducida, con creces, en la Carta de 1988, cuyo Art. 125, par. 2º autorizar la institución de la jurisdicción abstracta concentrada en los Tribunales de los Estados, para el control de leyes o actos normativos estatales o municipales frente a la Constitución estatal.

## 6) El control de constitucionalidad en la Constitución de 1967/1969

En la vigencia de la Constitución 1967 no hubo innovación de relevo en cuanto al sistema de control de constitucionalidad. Se han mantenido inalterados el control difuso y la acción directa de inconstitucionalidad, tal como hubiera sido previsto en la Constitución de 1946, con la Enmienda n. 16, de 1965<sup>540</sup>.

Ha sido ampliada la representación para fines de intervención, confiada en el Procurador-Geral de la República, con el objetivo de asegurar, no sólo la observación de los llamados principios sensibles (Art. 10, VII), sino también para proveer la ejecución de ley federal (Art. 10, VI, 1ª parte). La competencia para suspender el acto estadual fue transferida al Presidente de la República (Art. 11, § 2º)<sup>541</sup>. Se ha preservado el control de constitucionalidad in abstracto, tal como fue establecido por la Enmienda n. 16, de 1965 (Art. 119, I, l).

La Constitución de 1967 no incorporó la disposición de la Enmienda n. 16, que permitía la creación del proceso de competencia originaria de los Tribunales de Justicia de los Estados, para la declaración de inconstitucionalidad ley o acto de los municipios que contrariasen las Constituciones de los Estados<sup>542</sup>.

La Enmienda n. 1, de 1969, previó, expresamente, el control de constitucionalidad de ley municipal, frente a la Constitución estadual, para fines de intervención en el municipio (Art. 15, § 3º, d)<sup>543</sup>. La representación en este supuesto sería del Jefe del Ministerio Público local para asegurar la observación de los principios indicados en la Constitución estatal, así como para proveer la ejecución de ley u orden o decisión judicial. En este caso la intervención consistiría, tan solo, en un decreto del Gobernador, si ello fuese suficiente para restablecer la normalidad<sup>544</sup>.

La Enmienda n. 7, de 1977, introdujo, al lado de la representación de inconstitucionalidad, la **representación** para fines de interpretación de ley o acto normativo federal o estatal, otorgando al Procurador-General de la República la legitimidad para provocar el pronunciamiento del Supremo Tribunal Federal (Art. 119, I, e). Según la Exposición de Motivos presentada al Congreso Nacional, este instituto debería evitar la proliferación de demandas, con la fijación inmediata de la correcta interpretación de la ley.

<sup>539</sup> Art. 19 de La EC 16/65 (*Constituições do Brasil*, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, vol. I, 1986, p.335).

<sup>540</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *in controle concentrado de constitucionalidade*, p. 58.

<sup>541</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, ob. cit. pp. 78-79.

<sup>542</sup> Ob. cit. p. 87.

<sup>543</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *in controle concentrado de constitucionalidade*, p. 58.

<sup>544</sup> POLETTI, Ronaldo, ob. cit. p. 87.

Esa enmienda ha puesto fin a la controversia sobre la posibilidad de medida liminar en representación de inconstitucionalidad, reconociendo, expresamente, la competencia del Supremo Tribunal Federal para deferir pedido de cautelar formulado por el Procurador-General de la República (CF de 1967/1969, Art. 119, I, p).

En aquel período hubo polémica sobre si la representación de inconstitucionalidad, cuyo titular era exclusivamente el Procurador-General de la República, tenía o no carácter obligatorio. Es decir, si el Procurador-General fuese provocado por un órgano público o cualquier persona debería encaminar la representación al STF, o podría dejar de hacerlo en caso de entenderla improcedente.

Básicamente, los que sostenían la tesis de la obligatoriedad decían que, de no ser así, el Procurador-General de la República se convertiría en juez de la representación y, por ende, de la constitucionalidad de las leyes, usurpando así la competencia de la Corte<sup>545</sup>.

El STF, llamado a juzgar sobre una Reclamación presentada por el partido del Movimiento Democrático Brasileño contra el Procurador-General de la República, por haber este determinado el archivo de una representación que le encaminara aquella organización partidaria, entendió que la titularidad de la representación es exclusiva de aquella autoridad, conforme se deducía del texto constitucional y que sólo él poseía legitimación activa para promover la acción directa de inconstitucionalidad en abstracto<sup>546</sup>.

Si el Procurador-General de la República fuese obligado a encaminar al STF toda representación que llegase a sus manos – dijo el Tribunal- ya no sería titular exclusivo de aquella competencia, repartida por ese desvío interpretativo con todos los ciudadanos. El papel del Procurador-General de la República quedaría rebajado al de mensajero o intermediario de representaciones de otra fuente primaria y paralela – cualquier interesado- a quién la Constitución, al instituir la acción directa de inconstitucionalidad, no concedería la titularidad de esa representación, ni el derecho de mover aquel control previsto en la competencia originaria del Supremo<sup>547</sup>.

Buena parte de la polémica radicaba en el hecho de que la legitimación activa era atribuida exclusivamente a una autoridad que no tenía, en aquella época, las garantías de la independencia funcional, ya que era nombrado por el Presidente de la República y también sustituido libremente por él<sup>548</sup>. Además, en él se confundían dos funciones hoy distinguidas: la defensa del interés público, de todos, y la defensa del interés de la Unión – y por supuesto del interés del gobierno-, persona jurídica de derecho público autónoma en relación a los otros entes<sup>549</sup>.

---

<sup>545</sup> BONAVIDES, Paulo, in *Curso de direito constitucional*, p. 331. Gilmar Ferreira MENDES señala que entre los partidarios de la tesis de la obligatoriedad estaban autores como Pontes de Miranda, Josaphat Marinho, Caio Mario da Silva Pereira, Themístocles Cavalcanti y Adaucto Cardoso. Del otro lado estaban: Celso Agrícola Barbi, José Carlos Barbosa Moreira, José Luiz de Anhaia Mello, Sergio Ferraz e Raimundo Faoro, que entendían que era una facultad del Procurador-General de la República (in *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 65).

<sup>546</sup> BONAVIDES, Paulo, in *Curso de direito constitucional*, p. 331. Tal entendimiento ha sido reiterado en diversos juicios (Recl. 121, RTJ 100/955; Recl. 128, RTJ 98/3; Recl. 152, DJ 11,05.1983, cfr. Mendes, in *controle concentrado de constitucionalidade*, p. 65).

<sup>547</sup> BONAVIDES, Paulo, in *Curso de direito constitucional*, pp. 331-332.

<sup>548</sup> Cfr. COELHO, Sacha Calmon Navarro, ob. cit. p. 171. Para el autor, este hecho empujaba el método del control abstracto concentrado.

<sup>549</sup> La actual Constitución rompió con el modelo híbrido, pasando el Procurador-General de la República a actuar como representante del interés público y no como representante de la Unión, cuya función ahora incumbe al Abogado General de la Unión. Y como se examinará el PGR tiene ahora independencia funcional.



El debate expondría, por tanto, la naturaleza política del objeto de control de constitucionalidad y, por ello mismo, mostraba el riesgo de mantenerse la exclusividad del poder de iniciativa de la acción, que vendría a contribuir, ciertamente, para la evolución y apertura en el sistema de legitimación activa para el control abstracto concentrado que iba a consolidarse en la Constitución de 1988<sup>550</sup>.

En realidad, si desde el punto de vista jurídico-formal la creación de la vía abstracta representaba un avance importante, las condiciones político-institucionales en las que ha surgido no permitían una conmemoración a corto plazo. La Constitución Federal sufría continuos golpes por medio de los llamados *Actos Institucionales* bajados por el Presidente Castelo Branco, de entre ellos el AI-2, que suspendía las garantías de la magistratura relativas a la inamovilidad, vitaliciedad y estabilidad, y el AI 3, en 5 de febrero de 1966, excluía de la apreciación judicial cualquier acto practicado con fundamento en actos institucionales y complementares de la “Revolución”, que daba la dimensión real de las posibilidades de control de constitucionalidad de las leyes en aquel momento<sup>551</sup>.

## **7) El control de constitucionalidad en la vigente Constitución de 1988**

El proceso de redemocratización del país, que tuvo inicio a mediados de los años ochenta, pasando por el movimiento que pretendía restablecer las elecciones directas para la Presidencia de la República, la elección indirecta del Presidente Tancredo Neves – que muerto no ha llegado a tomar posesión del puesto- y la convocación de Asamblea Nacional Constituyente<sup>552</sup> finalmente llega, el 5 de octubre de 1988, con la promulgación de la Constitución vigente, que ha consolidado y ampliado el sistema mixto o híbrido de control de constitucionalidad existente en el derecho anterior.

Siendo el sistema brasileño de control de constitucionalidad típicamente jurisdiccional, se vuelve necesario en este estudio apuntar, aunque someramente, la estructura judicial por la que discurre el referido control, al efecto de comprender la amplitud de esta competencia y el modo de funcionamiento del método de control dicho incidental o difuso.

### **7.1) La estructura del Poder Judicial brasileño**

En el Estado brasileño seguimos el modelo de jurisdicción única, es decir, no tenemos jurisdicción administrativa separada de la jurisdicción dicha común u ordinaria, como en otros países. La función jurisdiccional del Estado es ejercida por los órganos del

---

<sup>550</sup> La creación de la acción abstracta de control de constitucionalidad en plena dictadura militar es un hecho curioso, ya que, contrariando la dinámica de cualquier dictadura, se presta para la protección y la defensa de derechos y garantías fundamentales (Cfr. Clèmerson Merlin CLÈVE, *apud* VELOSO, Zeno, ob. cit. p. 34).

<sup>551</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo, *in* *Jurisdição constitucional democrática*, ob. cit. pp. 295-2966.

<sup>552</sup> Tras veinticinco años de régimen militar y casi doce de apertura “lenta, segura y gradual”, la Asamblea Nacional Constituyente convocada en 1987 no es una auténtica Asamblea, electa exclusivamente para la elaboración de la Constitución. Por una Enmienda Constitucional – de numero 26, el 27 de noviembre de 1987- es convocada una Asamblea que hubiera sido electa el 15 de noviembre de 1986. Es decir, funcionan como constituyentes los miembros del Congreso Nacional, incluso con la participación de los Senadores acuciados de *biônicos* - así llamados porque no eran electos directamente y provendrían de un tercio de vagas reservadas a elecciones indirectas, conforme dispusiera la EC 08, de 1977.

Poder Judicial enumerados en el Art. 92 de la Constitución Federal<sup>553</sup> según el principio de la unidad de la jurisdicción nacional.

Prescribe el artículo 92 de la Constitución Federal: “Son órganos del Poder Judicial: I-el **Supremo Tribunal Federal**; I-A-el Consejo Nacional de Justicia<sup>554</sup>; II-el Tribunal Superior de Justicia; III-los Tribunales Regionales Federales y Jueces Federales; IV-los Tribunales y Jueces del Trabajo; V-los Tribunales y Jueces Electorales; VI-los Tribunales y Jueces Militares; VII-los Tribunales y Jueces de los Estados y del Distrito Federal y Territorios”.

En el organigrama del Poder Judicial tenemos, pues, a la cabeza el Supremo Tribunal Federal como órgano de cúpula – por ello es supremo-, constituido por once Ministros escogidos de entre ciudadanos con más de treinta y cinco y menos de sesenta y cinco años de edad, de notable saber jurídico y reputación impecable, nombrado por el Presidente de la República tras aprobación de los nombres por la mayoría absoluta del Senado Federal, investidos en cargo de carácter vitalicio, o hasta la edad de setenta años.

El Supremo Tribunal Federal (STF) es el guardián y máximo intérprete de la Constitución (Art. 102, CF) y Corte Suprema de la Federación. Además de su papel central en el control de constitucionalidad, ejerce otras relevantes funciones, como las resoluciones de conflictos entre entes federativos, el juicio de las más destacadas autoridades públicas, teniendo competencias recursales, ordinarias y extraordinarias<sup>555</sup>.

Inmediatamente por debajo, tenemos el Tribunal Superior de Justicia, órgano de articulación y defensa del derecho objetivo federal, también con sede en la Capital

---

<sup>553</sup> Además de los pertenecientes a la estructura típica del Poder Judicial, la Constitución prevé los “I-Juzgados Especiales, proveídos por jueces togados o togados y legos, competentes para la conciliación, el juicio y ejecución de causas civiles de menor complejidad e infracciones penales de menor potencial ofensivo, mediante los procedimientos oral y sumarisimo, permitidos, en las hipótesis previstas en ley, la transacción y el juicio de recursos por turnos de jueces de primer grado; II-Justicia de paz, remunerada, compuesta de ciudadanos electos por voto directo, universal y secreto, con mandato de cuatro años y competencia para, en la forma de la ley, celebrar casamientos, verificar, de oficio o en fase de impugnación presentada, el proceso de habilitación y ejercer atribuciones conciliatorias, sin carácter jurisdiccional, amén de otras previstas en la legislación” (Art. 98, CF). Aun fuera de la estructura del Poder Judicial, la Constitución Federal de 1988 mantuvo el Tribunal del Jurado como un derecho o garantía fundamental en los siguientes términos: “XXXVIII-es reconocida la institución del jurado, con la organización que le diera la ley, asegurados: a) la plenitud de defensa; b) el secreto de las votaciones; c) la soberanía de los veredictos; d) la competencia para el juicio de los crimines dolosos contra la vida” (Art. 5, CF).

<sup>554</sup> Debe apuntarse que el Consejo Nacional de Justicia ha sido introducido por la EC 45/2004 (la llamada reforma del judicial), como órgano del Poder Judicial, cuya composición, forma de investidura de sus miembros, función y cometidos devienen discriminadas en el Art. 103-B de la Constitución. Referido órgano, en realidad, posee funciones administrativas de control de la actuación administrativa y financiera del Poder Judicial y del cumplimiento de los deberes funcionales de los jueces, con amplias competencias, incluso normativa, pero no jurisdiccionales, lo que no le autoriza ejercer, en principio, actividad judicial, típica en el control de constitucionalidad de las normas.

<sup>555</sup> En relación a la prestación jurisdiccional, las competencias del STF pueden ser así divididas: 1) jurisdicción constitucional de control de constitucionalidad, que se refiere a su competencia originaria para procesar y juzgar acciones directas de inconstitucionalidad, por acción u omisión, la acción declaratoria de constitucionalidad, así como la suspensión cautelar de acto normativo impugnado en acción directa de inconstitucionalidad o constitucionalidad; 2) jurisdicción constitucional de protección de derechos (jurisdicción de las libertades Capelletti), que se refiere a su competencia para apreciar originariamente o por fuerza de recurso los remedios constitucionales (*habeas corpus*, mandado de seguridad, *habeas data* y mandado de orden); y 3) jurisdicción constitucional sin control de constitucionalidad, en la que están incluidas las cuestiones abarcando las más altas autoridades de la República, como el Presidente de la República, por crímenes comunes, la resolución de litigios entre Estado extranjero y la Unión, conflictos entre estados-miembros o entre éstos y la Unión, entre otras cosas (Cfr. VIEIRA, Oscar Vilhena, *in Supremo Tribunal Federal, jurisprudencia política*, Malheiros, São Paulo, 2002, pp. 128-129).

Brasilia y jurisdicción en todo el territorio nacional, compuesto, como mínimo, por treinta y tres Ministros, nombrados por el Presidente de la República, de entre brasileños con más de treinta y cinco años y menos de sesenta y cinco, de notable saber jurídico y reputación impecable, tras la aprobación de los nombres por la mayoría absoluta del Senado Federal. Su composición obedece al sistema de tercios: un tercio jueces de los Tribunales Regionales Federales; un tercio de desembargadores de los Tribunales de Justicia de los estados, indicados en una lista triple elaborada por el propio Tribunal Superior y, finalmente, “un tercio, en partes iguales, de abogados y miembros del Ministerio Público Federal, Estatal, del Distrito Federal y Territorios, alternativamente, indicados en la forma del Art. 94” (Art. 104, Párrafo único. Único, I y II, CF).

En el ámbito de la Justicia Federal tenemos: I-los Tribunales Regionales Federales<sup>556</sup>; II-los Jueces Federales<sup>557</sup>. Mientras a los Tribunales Regionales Federales compete procesar y juzgar algunas causas originariamente, y en grado de recurso las causas decididas por los jueces federales y por los jueces estatales cuando en el ejercicio de la competencia federal del área de su jurisdicción (competencia delegada), a los jueces federales en primera instancia compete procesar y juzgar las causas en que la Unión, entidad autárquica o empresa pública federal figuran como interesadas en la condición de actores, asistentes u oponentes, con salvedad a las causas de falencia, las de accidentes del trabajo y a las de la competencia de la Justicia Electoral y del Trabajo (Art. 106-109, I, CF).

A la par de estos órganos tenemos las justicias especializadas, que integran el ámbito federal en materia del Trabajo, Electoral y Militar. En el plano de los Tribunales superiores están: el Tribunal Superior del Trabajo, el Tribunal Superior Electoral y el Superior Tribunal Militar.

En la base de la Justicia del Trabajo están los jueces trabajistas, que componen las Varas de la Justicia del Trabajo, órganos monocráticos de primer grado, mientras en el segundo grado están los Tribunales Regionales del Trabajo, órganos colegiados en las capitales de los estados y, por fin, en la capital de la República el Tribunal Superior del Trabajo. En la Justicia Electoral, asimismo, actúa como Juez Electoral un juez de derecho integrante de la Justicia estadual y, en época electoral, las Juntas Electorales presididas por él, cabiendo en sus decisiones recursos para el Tribunal Regional Electoral, que queda en la capital de los estados, figurando el Tribunal Superior Electoral, con sede en Brasilia-DF., como órgano de cúpula de esta Justicia.

---

<sup>556</sup> El artículo 27, § 6º del ADCT (*Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias*) de la Constitución de 1988 ha creado cinco Tribunales Regionales: el de la 1ª Región, con sede en Brasilia y jurisdicción sobre los estados de Goiás, Minas Gerais, Distrito Federal, Bahía, Mato Grosso, Pará, Amazonas, Rondonia, Amapá, Roraima, Piauí y Acre; el de la 2ª Región, con sede en el Río de Janeiro, con jurisdicción sobre los estados del Río de Janeiro y Espírito Santo; el de la 3ª Región, con sede en São Paulo, con jurisdicción en los estados de São Paulo y Mato Grosso do Sul; el de la 4ª Región, con sede en Porto Alegre, con jurisdicción sobre los estados de Rio Grande do Sul, Santa Catarina y Paraná; y por fin, el de la 5ª Región, con sede en Recife, con jurisdicción en todos los estados del nordeste brasileño. El número de sus componentes varía de acuerdo con las leyes nº 9.967/2000 y nº 9.968/2000, pero de acuerdo con el artículo 107 de la Constitución su número mínimo es de siete Desembargadores Federales, reclutados, cuando fuera posible, en la respectiva región y nombrados por el Presidente de la República de entre brasileños con más de treinta años y menos de sesenta, siendo: I-un quinto de abogados con más de diez años de efectiva actividad profesional y miembros del Ministerio Público Federal con más de diez años de carrera; II-los demás, mediante promoción (ascenso) de Jueces Federales con más de cinco años de ejercicio, por antigüedad y merecimiento, de forma alternativa.

<sup>557</sup> Cada estado, así como en el Distrito Federal, constituirá una sección judicial que tendrá por sede la respectiva capital, y Varas localizadas según lo establecido en ley” (Art. 110, CF).

En relación a la Justicia Militar, la Constitución Federal contempla: el Tribunal Superior Militar y los Tribunales y Jueces Militares instituido por ley (Art. 122, I y II, CF). En el ámbito de los estados hay Consejos de la Justicia Militar, o Vara de la Justicia Militar, presididos por un juez de derecho de la Justicia estadual y compuesto de oficiales de la Policía Militar, en primera instancia, de cuyas decisiones caben recursos para los Tribunales de Justicia del Estado, donde no existan Tribunales Militares específicos.

En el ámbito federal, en algunas regiones hay tribunales militares federales, competentes para el proceso y juicio de crímenes imputados a los integrantes de las fuerzas armadas (Marina, Ejército y Aeronáutica), de cuyas decisiones caben recursos para el Tribunal Superior Militar, órgano de cúpula de esta jurisdicción especializada.

La Constitución, al regular el Poder Judicial nacional, autoriza a que los estados organicen su propia Justicia, observados los principios en ella establecidos, prescribiendo que la competencia de los tribunales será definida en la Constitución de los estados, cabiendo a lo Tribunal de Justicia la iniciativa para la ley de organización judicial a (Art. 125, § 1º, CF).

En la base de la justicia estadual están los Jueces de Derecho que actúan monocráticamente en Varas Civiles y Criminales de distintas entrancias<sup>558</sup>, que forman la primera instancia<sup>559</sup>. De sus decisiones caben recursos para el Tribunal de Justicia, órganos colegiados, con sede en la capital de cada uno de los estados; asimismo ocurre en el Distrito Federal, donde también hay un Tribunal de Justicia competente para revisar las decisiones de sus jueces de primera instancia.

Al lado de las Varas referidas, también están los Juzgados Especiales, proveídos por jueces togados o togados y legos, competentes para la conciliación, el juicio y ejecución de causas civiles de menor complejidad e infracciones penales de menor potencial ofensivo, mediante los procedimientos oral y sumarísimo, permitidos, en las hipótesis previstas en la ley, la transacción y el juicio de recursos por turmas de jueces de primero grado, tanto en la esfera de los estados, como en el ámbito de la Justicia Federal.

No existe vinculación jerárquica entre los órganos de la Justicia de los estados y de la Justicia federal, todos pertenecientes a la Justicia Común; sólo se diferencian en razón de las materias que les son atribuidas por la Constitución. Asimismo no hay subordinación entre los órganos de la Justicia especializada y los de la Justicia común, excepto en el caso de la Justicia militar en los estados cuyas decisiones están sometidas a control, por vía de recurso, a los tribunales estaduales.

## **7.2) El control difuso tradicional**

El control difuso de constitucionalidad tiene previsión en el texto constitucional en el campo destinado a la competencia del Supremo Tribunal Federal. El Art. 102, dispone: “Compete al Supremo Tribunal Federal, principalmente, la custodia de la Constitución, englobando: (...) III-juzgar, mediante recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia, si la decisión recurrida: a) contrariar dispositivo de esta Constitución; b) declarar la inconstitucionalidad de un tratado o ley federal”.

---

<sup>558</sup> Entrâncias son los grados de las comarcas, que en general van de 1ª hasta 3ª y, como ultimo grado, entrancia especial en las capitales de los Estados.

<sup>559</sup> Todas las comarcas, de 1ª hasta especial, componen la primera instancia judicial, mientras que la segunda instancia es representada por los tribunales de los estados. Asimismo, la tercera instancia es la de los tribunales superiores con sede en la capital Brasilia-DF.

Asimismo sigue vigente la regla, que viene de la Carta de 1934, según la cual “sólo por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros o de los miembros del respectivo órgano especial podrán los tribunales declarar la inconstitucionalidad de ley o acto normativo del Poder Público” (Art. 97, CF), disposición que se aplica tanto a los procesos de control difuso, como a los del control abstracto concentrado de constitucionalidad, incluso en los tribunales estatales.

Todavía, por expresa previsión en el Art. 52, X de la Constitución Federal, se mantiene la exigencia de que la ley declarada inconstitucional por decisión definitiva del STF – es decir, mediante recurso extraordinario en sede de control difuso – deba tener suspendida su ejecución por el Senado Federal<sup>560</sup>.

Referida fórmula, destinada a imponer eficacia *erga omnes* a las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad proferidas por la Corte Suprema, como instrumento de superación del *déficit* inherente a nuestro modelo de control difuso, no fue suficiente para impedir la reproducción de millares de acciones judiciales sobre una misma cuestión constitucional, llevando a decisiones contrarias a la decisión del Tribunal Supremo, el que ha generado inseguridad jurídica y descrédito en la autoridad del máximo órgano de la Nación al lugo del tiempo.

En realidad, diversos factores político-económicos y sociales han contribuido hacia el aumento del número de demandas y, consecuentemente, del incremento espectacular de recursos extraordinarios en el STF, generando una crisis que ha afectado no sólo a la gobernabilidad de aquel alto Tribunal, sino que ha expuesto la inseguridad jurídica y la problemática relación entre los dos modos de tutela – difuso/concentrado- de la supremacía constitucional.

Coincide la doctrina en la crítica de que la amplia actividad de control difuso de constitucionalidad, extendida con la creación de nuevos órganos jurisdiccionales tras 1988, no viniera acompañada de instrumentos que podrían contrarrestar la posibilidad que tenían los jueces de replantear la discusión de cuestiones constitucionales ya resueltas por la máxima instancia del Poder Judicial. Ello obligaba a priorizar nuevas formulas procesales en el modo de control abstracto concentrado, en línea con el pensamiento jurídico predominante en Europa.

### 7.3) La expansión del ámbito del control abstracto

Si el aumento de la actividad en el ámbito del control difuso era consecuencia del incremento natural de demandas judiciales, en el Estado Social de Derecho prometido en la Carta de 1988, cuatro relevantes innovaciones iban a ampliar significativamente el modo de control abstracto concentrado: la primera, la ***apertura de la legitimación en la acción directa***, antes concentrada en manos del Procurador-General de la República; la segunda, la ***creación de la acción de inconstitucionalidad por omisión***, la tercera, la ***argución (acción) de incumplimiento de precepto fundamental*** (ADPF), y la cuarta, la creación, con la EC 03/93, de la ***acción declaratoria de constitucionalidad***<sup>561</sup>.

El Procurador-General de la República deja de ser un órgano al servicio del gobierno federal y pasa a ser el jefe del Ministerio Público de la Unión, institución

<sup>560</sup> “Art. 52. Compete privativamente al Senado Federal: (...) X-suspender la ejecución, en el todo o en parte, de ley declarada inconstitucional tras decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal”.

<sup>561</sup> Sobre cada una de las acciones procesales en el control abstracto concentrado de constitucionalidad se procede a estudio separado en un capítulo propio, más adelante.

constitucional *independiente de los Poderes*, cuyos miembros poseen las mismas garantías de la Magistratura<sup>562</sup>. Por tanto, referida autoridad, encargada de la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales disponibles<sup>563</sup>, pudo convertirse en uno de los principales actores cualificados en la defensa de la supremacía constitucional, cuestionando leyes y actos normativos, incluso federales y distinguidamente medidas provisionales<sup>564</sup>.

El artículo 103 de la Constitución Federal, aunque mantiene como uno de los legitimados al Procurador-General de la República para la acción directa de inconstitucionalidad ante el Supremo Tribunal Federal, ha incluido en su rol: el Presidente de la República; la Mesa de del Senado Federal; la Mesa de la Cámara de los Diputados; la Mesa de la Asamblea Legislativa; el Gobernador de Estado; el Consejo Federal del Orden de los Abogados de Brasil; Partido Político con representación en el Congreso Nacional y Confederación Sindical o Entidad de Clase de ámbito nacional<sup>565</sup>.

Esta apertura en el derecho/poder de varios órganos, públicos y de la sociedad civil, permitiendo el control de constitucionalidad abstracto de cualquier ley o acto normativo federal o estadual frente a la Constitución Federal directamente en el Supremo Tribunal Federal, ha significado un aumento en la vía de control abstracto que, de hecho, ha implicado la disminución del significado del control difuso<sup>566</sup>.

Consecuencia de esa pluralidad de legitimados, incluso por la presencia de partidos políticos y confederaciones nacionales y entidades de clase de ámbito nacional, ha caracterizado al STF como último *refugio de las minorías parlamentarias y de sectores de la sociedad civil* organizada que antes no tenían semejante canal de expresión institucional y pasaron a llevar sus pleitos al tribunal mediante impugnación de normas que entendían violar su ideario o su derecho de participación en el proceso político-democrático<sup>567</sup>.

---

<sup>562</sup> El Art. 128 de la Constitución Federal dispone en su par. 1º: “El Ministerio Público de la Unión tiene por jefe el Procurador-General de la República, nombrado de entre integrantes de la carrera, mayores de treinta y cinco años, tras la aprobación de su nombre por la mayoría absoluta de los miembros del Senado Federal, para mandato de dos años, permitiéndose la reconducción”. El par. 2º: “La destitución del Procurador-General de la República, por iniciativa del Presidente de la República, deberá ser precedida de autorización de la mayoría absoluta del Senado Federal”.

<sup>563</sup> “Art. 127. El Ministerio Público es institución permanente, esencial a la función jurisdiccional del Estado, incumbiéndole la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales disponibles”. El par. 1º agrega: “Son principios institucionales del Ministerio Público la unidad, la indivisibilidad y la independencia funcional”.

<sup>564</sup> Actualmente el Procurador-General de la República actúa con plena libertad movido sólo por el interés público, tanto como autor de acciones de control abstracto concentrado, como fiscal del orden jurídico-constitucional, interviniendo obligatoriamente en todos los procesos que se tramitan ante el STF (Art. 103, par. 1º, CF).

<sup>565</sup> Suele decirse en la doctrina que, mientras los ocho primeros son legitimados universales, ya que pueden cuestionar toda y cualquier ley o acto normativo, federal o estatal sin la necesidad de demostración de un interés específico, la confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional, llamados legitimados singulares, deben satisfacer el requisito de la pertinencia temática, condición que el STF les ha impuesto como forma de filtro contra la promoción de acciones temerarias.

<sup>566</sup> Tal como ha señalado Gilmar Ferreira MENDES, en una cita que hace a Anschutz, “cada vez que se otorga a un Tribunal especial la atribución para decidir cuestiones constitucionales, se limita explícita o implícitamente, la competencia de la jurisdicción ordinaria para apreciar tales controversias” (*In controle concentrado de constitucionalidade*, p. 77).

<sup>567</sup> Al respeto, señala Rogelio BASTOS ARANTES, “...el caso brasileño se aleja del republicanismo democrático y adopta fuertemente el principio liberal de contención de la mayoría política, por medio de un sistema ultra-descentralizado de control constitucional, que permite a las minorías políticas ejercer poder de veto, invocando la Constitución contra leyes y actos normativos de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Si consideramos –adoptando la terminología de Luphart– que el proceso político-decisorio en Brasil contempla

Respecto a la ***acción de inconstitucionalidad por omisión***, dispuso en el Art. 103, par. 2º: “Declarada la inconstitucionalidad por omisión de medida para volver efectiva la norma constitucional, será dará ciencia al Poder competente para la adopción de las providencias necesarias y, se tratando de órgano administrativo, para hacerlo en treinta días”. Pese a que referida vía procesal no ha sido suficientemente desarrollada, ante la interpretación restrictiva que se le dio el STF, es innegable su potencial aptitud para volver efectivas normas constitucionales, sobre todo de naturaleza social.

El instrumento de la ***acción*** (argución) ***de incumplimiento de precepto fundamental***, creado por la Constitución promulgada en 1988, viene a incorporarse en este proceso que acentúa el control concentrado en el STF, en defensa de los valores y principios constitucionales más trascendentes para la sociedad.

El intento de racionalización de los trabajos en el STF y el interés público en la pronta definición de la interpretación de la Corte sobre cuestiones constitucionales controvertidas en los tribunales han llevado al constituyente derivado a crear, en el ámbito del control abstracto, la ***acción declaratoria de constitucionalidad***. Por medio de ese instrumento, accionable por cualquiera de los legitimados para la acción directa, la cuestión constitucional es sometida directamente a la Corte Suprema que puede, incluso, suspender, de manera cautelar, los procesos en los que se esté discutiendo la misma materia ante cualquier juez o tribunal hasta el juicio del fondo de la cuestión.

La profundización del modelo federativo de Estado con la Constitución vigente ha justificado la autorización a los Estados miembros para la institución de su ***subsistema de control abstracto de constitucionalidad*** de leyes y actos normativos estaduais y municipales frente a la Constitución del Estado. Hoy todos los Estados y el Distrito Federal poseen sistema autónomo de control abstracto de constitucionalidad de leyes y actos normativos estaduais y municipales que violen su Constitución.

Esa expansión en el sistema de control de constitucionalidad, sin embargo, profundizaba las sentidas disfuncionalidades en el sistema, que seguía siendo de doble modo casi descoordinado, dada la ausencia de un elemento de engarce que los articulase en un sistema racional.

#### **7.4) El cierre del sistema híbrido de control: el efecto vinculante y la *sumula vinculante***

En la etapa más reciente de este proceso de racionalización, dos instrumentos creados por la llamada reforma del Poder Judicial son presentados como solución para la grave crisis consecuente de la ausencia de mecanismo jurídico de cierre de un sistema de control que agrega en su interior dos modos muy distintos de controlar la constitucionalidad de las leyes, cuyo desarrollo histórico no fue capaz de impedir los ataques sistemáticos a la estabilidad y a la seguridad jurídica.

El efecto vinculante en las sentencias de control abstracto, introducido por la EC nº 45/2004, es el más importante de los mecanismos a tal efecto, imponiendo el acato

---

la participación de una gran variedad de actores y áreas institucionales (la separación de poderes Ejecutivo y Legislativo, dos cámaras legislativas con poderes simétricos en el Congreso Nacional, multipartidarismo exacerbado y federalismo razonablemente descentralizado), debemos añadir a esas variables el sistema de control constitucional como una de las principales formas de recurso de las minorías políticas representativas, contra decisiones políticas mayoritarias reforzando aún más el perfil consociativo en nuestro sistema político (*in Sistema Político brasileiro: uma introdução*, Lucia AVELAR & Antonio Octavio CINTRA (Organs.) *Judiciário: entre a justiça e a política*, Editora Unesp, São Paulo, pp. 95-96).

incondicional de las resoluciones del Supremo Tribunal Federal a todos los órganos del Poder Judicial y a la Administración directa e indirecta de todos los niveles. Con ello, se busca corregir la insatisfactoria concepción que se tiene de la eficacia *erga omnes* entre nosotros, impidiendo que se vuelva a reintroducir en el sistema judicial cuestión resuelta por la más alta Corte de Justicia del país.

Así dispuso la enmienda al párrafo 2° del artículo 102 de la Constitución:

“Par. 2° Las decisiones definitivas de mérito, proferidas por el Supremo Tribunal, en las acciones directas de inconstitucionalidad y en las acciones declaratorias de constitucionalidad producirán eficacia contra todos y efecto vinculante, relativamente a los demás órganos del Poder Judicial y a la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estadual y municipal”.

Si el efecto vinculante cierra el paso a la rediscusión sobre la cuestión constitucional decidida en el ámbito del control abstracto, por otro lado la *sumula vinculante*<sup>568</sup> es el mecanismo que posee idéntico efecto y que puede ser adoptado en cualquier proceso sobre materia constitucional por el Supremo Tribunal Federal, desde que la sentencia cuente, como mínimo, con dos tercios de votos favorables de sus miembros.

Dispone el recién introducido dispositivo constitucional:

“Art. 103-A. El Supremo Tribunal Federal podrá, de oficio o por provocación, mediante decisión favorable de dos tercios de sus miembros, tras reiteradas decisiones sobre materia constitucional, aprobar *sumula* que, a partir de su publicación en la prensa oficial, tendrá efecto vinculante en relación a los demás órganos del Poder Judicial y a la administración pública directa o indirecta, en las esferas federal, estadual y municipal, así como proceder a su revisión o cancelación, en la forma establecida en ley.

Par. 1° La *súmula* tendrá por objetivo la validez, la interpretación y la eficacia de normas determinadas, acerca de las cuales haya controversia actual entre órganos judiciales o entre estos y a la administración pública que acarree grave inseguridad jurídica y relevante multiplicación de procesos sobre cuestiones idénticas”.

Autorizados a la provocación del STF para la aprobación, revisión o cancelación de la *súmula vinculante* son los mismos que poseen legitimidad activa para la acción directa de inconstitucionalidad<sup>569</sup>. Y la importante regla contenida en el párrafo 3° del artículo 103-A, precisa que “del acto administrativo o decisión judicial que contraríe la *súmula* aplicable o que indebidamente la aplique, caberá reclamación al Supremo Tribunal Federal que, juzgándola procedente, anulará el acto administrativo o casará la decisión judicial reclamada, y determinará que otra sea proferida con o sin la aplicación de la *súmula*, conforme el caso”.

Además de estos dos mecanismos fundamentales, la misma enmienda constitucional introduce, como condición de admisibilidad del recurso extraordinario, la exigencia de demostración de *repercusión general* de las cuestiones constitucionales

---

<sup>568</sup> *Súmula* en el lenguaje jurídico brasileño es el contenido sintético del entendimiento del tribunal acerca de una determinada cuestión jurídica, un enunciado que condensa decisiones firmes y reiteradas de la jurisprudencia. La *súmula vinculante*, que solo el STF puede editar, tiene la finalidad de eliminar controversias de interpretación y aplicación y fijar la orientación en materias constitucionales en carácter obligatorio.

<sup>569</sup> Par. 2° del Art. 103-A, CF.



discutidas en los casos, un importante elemento de barrera en el acceso indiscriminado de cuestiones de escasa entidad en el más alto tribunal del país<sup>570</sup>.

## Conclusiones

Este apartado pudo demostrar que el control difuso de constitucionalidad de normas, que surge en Brasil en el periodo de la llamada Primera República, por inspiración del modelo norteamericano, empieza, en 1934, a experimentar otras vías de control de constitucionalidad con finalidades distintas, tales como la representación de inconstitucionalidad interventiva, un medio de solución de conflictos entre la Unión Federal y los Estados y, más tarde, ya en 1965, la primera acción directa de control abstracto concentrado de constitucionalidad, por medio de la cual se podría controlar no sólo las leyes y actos normativos de los Estados, sino también los de la Unión.

Sin embargo, en este primer período de combinación de los dos modos de control referidos se va a notar una contención en la actividad del control abstracto, dada la circunstancia de la legitimación de la representación de inconstitucionalidad pertenecer en exclusiva al Procurador-General de la República, conforme lo entendía el Supremo Tribunal Federal.

En la Constitución de 1946, especialmente después de 1965, es donde se iban constatar las influencias de la doctrina del control abstracto de constitucionalidad practicado en Europa, teniendo particular influjo el modelo alemán en la vigencia de la Constitución de Bonn. La noción de que el control de constitucionalidad de las leyes por una Corte de Justicia se impondría en las democracias como método eficaz contra el arbitrio del poder político ha tenido aceptación francamente mayoritaria en la doctrina patria.

Tras la redemocratización del país con la Constitución de 1988, mientras el control por el método difuso sigue siendo el que tiene mayor visibilidad, incluso porque hubo un incremento en el número de jueces y tribunales, todos competentes para declarar la inconstitucionalidad en el caso concreto, de otro lado el método de control abstracto concentrado ha ganado una ampliación formidable con el aumento del número de legitimados para la acción directa de inconstitucionalidad, de uno para *nueve actores*, lo que hace la lista una de las más generosas del mundo.

Asimismo, la introducción de la acción de inconstitucionalidad por omisión, la acción directa de inconstitucionalidad y la acción de incumplimiento de precepto fundamental derivado de la Constitución, y, más tarde, la acción declaratoria de constitucionalidad, hoy accionable por los mismos legitimados, traducen una clara preferencia del constituyente por la modalidad de control abstracto, conduciendo tendencialmente a la disminución del significado del control difuso o incidental en el derecho brasileño.

Referida tendencia deviene acentuada por las recientes reformas que han impuesto el *efecto vinculante* a las sentencias proferidas por el STF en las sentencias de fondo en el control abstracto de constitucionalidad y la llamada *súmula vinculante*, ambos mecanismos que promueven el respeto a la autoridad del máximo intérprete de la Constitución Federal, el que le aproxima todavía más a las Cortes Constitucionales europeas, aunque esté ubicado como órgano de cumbre del Sistema Judicial.

---

<sup>570</sup> Art. 102, III, par. 3º, par. 3º, CF. La ley nº 11.418/2006 ha reglamentado la regla constitucional.

Con la finalidad de racionalizar los trabajos en la Corte, se ha adoptado la ***condición de la repercusión general para la admisión de los recursos extraordinarios***, obstáculo recursal que, bien aplicado, puede contribuir hacia una mejor comunicación entre los dos métodos de control de constitucionalidad.

Elemento importante en los esfuerzos de limitar la amplia libertad que tenían los jueces y tribunales en declarar la inconstitucionalidad de las normas es el instituto de la ***Reclamación***, destinado a preservar la competencia y autoridad de las decisiones del Supremo Tribunal Federal, mecanismo a disposición no sólo de los legitimados para las acciones de control de constitucionalidad, sino también en beneficio de todo aquel que posea interés jurídico en ver cumplida la sentencia del más alto tribunal del país.

Tales instrumentos jurídico-constitucionales operan un perfeccionamiento en la ***articulación necesaria en el sistema híbrido de control de constitucionalidad*** en el objetivo de alejar las disfuncionalidades hasta entonces constatadas, evitando la reproducción de demandas ya resueltas por el Supremo Tribunal Federal en nombre de la seguridad jurídica y del respeto a la autoridad de la interpretación del máximo guardia de la Constitución Federal.

En síntesis, puede decirse que el proceso de hibridación del modelo de control de constitucionalidad brasileño empieza ahora un nuevo ciclo, en el que sobresalen las ideas de racionalización, economía, simplificación y celeridad, en línea con el objetivo de asegurar la manutención coordinada del método de control difuso, bajo las directrices de interpretación del Supremo Tribunal Federal. De esta manera puede identificarse que los dos modos de control – antes casi autónomos, descoordinados- reciben elementos de ajuste que promueven un acoplamiento estructural indispensable.

Sobre esos mecanismos hablaremos más a menudo en su momento.

## Capítulo VI

### El control difuso, incidental y concreto

#### 1) Órganos competentes: nivel federal y de los estados miembros

La característica del método *difuso* es la capacidad que tiene todo juez o tribunal en ejercer el control de constitucionalidad y, por lo tanto, el poder de declarar, con relación a un caso concreto que deba solucionar, la inconstitucionalidad de una ley o acto jurídico.

En Brasil todos los órganos del Poder Judicial, sean de la Justicia Común – Jueces y Tribunales estaduais o Jueces y Tribunales de la Justicia Federal –, sean de la justicia especializada, órganos singulares de primer grado o colectivos, son igualmente competentes para enjuiciar la constitucionalidad de las normas en un caso concreto en sus respectivos ámbitos de competencia jurisdiccional.

El control incidental de constitucionalidad es ejercido en el desarrollo normal de la función judicial, que consiste en la interpretación y aplicación del derecho para la solución de litigios. Presupone, por ello, la existencia de un proceso, una acción judicial, un conflicto de intereses en el ámbito del que haya sido suscitada la inconstitucionalidad de la ley que debería regir la disputa. Tiene, así, un carácter incidental y *concreto*.

Este tipo de control de constitucionalidad de las normas surge, básicamente, en forma de una *cuestión prejudicial*, es decir, una cuestión planteada por una de las partes en un proceso judicial, un conflicto de intereses. Pero el reconocimiento de la inconstitucionalidad no es objeto de la causa; lo que la parte pide en el proceso es el reconocimiento de un derecho que es afectado por la norma cuya validez se cuestiona y, para decidir sobre el derecho objeto de la pretensión el órgano judicial habrá, necesariamente, de decidir esa *cuestión prejudicial* sobre la constitucionalidad de la norma, presupuesto lógico de solución del problema principal.

De la decisión de los jueces o tribunales que declaran la inconstitucionalidad de la norma y la desaplican en el caso concreto siempre existirá la posibilidad de recurrir a las superiores instancias, pudiendo llegar, por recurso extraordinario, hasta el Supremo Tribunal Federal donde la cuestión constitucional recibirá una solución definitiva.

Pero, mientras los jueces monocráticos tengan mayor libertad para referido control, los tribunales sufren una importante restricción contenida en el artículo 97 de la Constitución Federal que prescribe: “sólo por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros o de los miembros del respectivo órgano especial podrán los tribunales declarar la inconstitucionalidad de ley o acto normativo del Poder Público”.

Está prohibido a los órganos fraccionarios de los tribunales – Cámaras, Clases o Secciones de Desembargadores o Ministros- declarar la inconstitucionalidad, puesto que se someten a un procedimiento especial regulado en los artículos 480 a 482 del Código de Proceso Civil Brasileño, que les impone enviar la cuestión al órgano colegiado superior competente y acatar lo decidido por él.

Sobre este procedimiento hablaremos en otro lugar.

El control difuso, como hemos señalado, es un control judicial. Pero, teniendo en cuenta que en Brasil hay, además de los órganos pertenecientes a la estructura formal

del Poder Judicial, otros órganos constitucionales, como los Tribunales de Cuentas<sup>571</sup>, cabría preguntar si ellos podrían ejercer el control incidental de normas. Y la respuesta impone precisar algo importante.

Parece fuera de dudas que cualquier órgano público puede – y a veces debe- ser un intérprete cualificado de la constitución en la aplicación de textos legales, sobre todo cuando es necesaria la preservación de la ley en el sistema constitucional; de esta manera, de hecho ejercen un “control” de constitucionalidad genérico de las normas.

Entiende la doctrina mayoritaria en nuestro país que el Tribunal de Cuentas, como órgano auxiliar del Poder Legislativo, posee jurisdicción administrativa<sup>572</sup>, quedando sometidas sus decisiones al examen del Poder Judicial. Pero, es cierto que este órgano, en el ejercicio de su misión constitucional, puede recusar la aplicación de una ley que considere inconstitucional o un acto administrativo que esté en conflicto con la Constitución. Esta posibilidad está incluso reconocida en la sumula 347 del STF: “El Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de sus atribuciones, puede apreciar la constitucionalidad de las leyes y actos normativos del Poder Público”<sup>573</sup>.

Algunos autores, fieles a la vieja noción de separación casi absoluta de poderes y al monopolio de la jurisdicción por el Poder Judicial, siguen defendiendo la tesis de que el Tribunal de Cuentas no es órgano judicante aun cuando decide, al entendimiento de que la legalidad y legitimidad de su decisión serán examinadas por el Poder Judicial, el único que posee fuerza para interpretar la ley y declarar el derecho<sup>574</sup>. Dicha posición ya no es sostenible en la actualidad, dado que, pese al hecho de que la jurisdicción típica es predominante en el poder judicial, en el derecho moderno hay diversos órganos

---

<sup>571</sup> Los Tribunales de Cuentas en Brasil, aunque históricamente sean órganos vinculados a la intimidad del Poder Legislativo, en la Constitución de 1988 han ganado contornos de autonomía orgánica en la medida que, en el plano federal, “es integrado por nueve Ministros, tiene sede en el Distrito Federal, cuadro propio de personal y jurisdicción en todo el territorio nacional...”, sus Ministros son nombrados, un tercio por el Presidente de la República, tras aprobación del Senado Federal, siendo dos alternativos de entre auditores y miembros del Ministerio Público junto al Tribunal, indicados en lista triple por el Tribunal, según criterios de antigüedad y merecimiento, y dos tercios por el Congreso Nacional. Además, sus Ministros tienen las mismas garantías y prerrogativas de los Ministros del Tribunal Superior de Justicia. Cabe decir: es órgano constitucional independiente funcionalmente. El artículo 71 de la Constitución prescribe: “el control externo, a cargo del Congreso Nacional, será ejercido con el auxilio del Tribunal de Cuentas de la Unión, al cual compete: I-apreciar las cuentas prestadas anualmente por el Presidente de la República, mediante parecer previo que deberá ser elaborado en sesenta días a contar de su recibimiento; II-juzgar las cuentas de los administradores y demás responsables por dinero, bienes y valores públicos de la Administración directa e indirecta, incluidas las fundaciones y sociedades instituidas y mantenidas por el Poder Público Federal, y las cuentas de aquellos que dieran causa a pérdida, extravío u otra irregularidad de que resulte perjuicio el Erario Público;”, entre otras. En los estados está compuesto de siete miembros y sus funciones son idénticas, aplicándoseles las normas de la Carta Federal (Art. 75, CF).

<sup>572</sup> Sus funciones, de control externo, son de fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operacional y patrimonial de la Unión y de las entidades de la administración directa e indirecta, en cuanto a la legalidad, legitimidad, economicidad, aplicación de las subvenciones y renuncia de ingresos (Art. 70, CF). Además de esto, el artículo 73 *caput* de la Constitución dice que el tiene jurisdicción en todo el territorio nacional y que se le aplica, cuando tiene cabida, las atribuciones previstas en el Art. 96 de la CF, que enumera las competencias privativas de los tribunales judiciales. Sin embargo, autores como Hely Lopes Meirelles, José Afonso da Silva, Odete Medauar y J. Cretella Junior sostienen que tales funciones son opiniones, asesoradoras y jurisdiccionales administrativas (Cfr. VELLOSO, Zeno, ob. cit. p. 52-53).

<sup>573</sup> Cf. VELLOSO, Zeno, ob. cit. p. 53; y [www.stf.gov.br/jurisprudencia/sumulas](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/sumulas).

<sup>574</sup> Esta es la posición de Celso Bastos y José Cretella Junior, conforme Zeno VELLOSO, ob. cit. p. 52-53.

constitucionales investidos de poder jurisdiccional en ámbitos o sectores específicos. La jurisdicción es un poder del Estado, no de un órgano<sup>575</sup>.

La idea de que sólo los jueces profesionales<sup>576</sup> y sólo por medio de un proceso regido por tradicionales fórmulas típicas interpretan, declaran y aplican el derecho no parece exacta. En Brasil tenemos, por ejemplo, órganos que no se sitúan propiamente en el Poder Judicial, tales como el Tribunal del Jurado (Art. 5º, XXXVIII, CF), los Juzgados Especiales (Art. 98, I, CF), la Justicia de Paz (Art. 98, II, CF); además de las propias Juntas Electorales, tradicionalmente compuestas por un juez electoral y ciudadanos legos (Art. 121, CF); todos ellos dotados de poder judicante, interpretan, aplican y dicen el derecho en los casos concretos, es decir, solucionan los conflictos de modo terminante, aunque sus decisiones sean susceptibles de control por una instancia jurisdiccional superior por razones de seguridad y de justicia.

Además de esto, la Constitución atribuye función jurisdiccional a: a) la Cámara de los Diputados, en cuanto a declaración de procedencia de la acusación contra el Presidente y el Vice-Presidente de la República y los Ministros del Estado (Art. 51, I); b) el Senado Federal para el juicio del Presidente y Vice-Presidente de la República, Ministros del Supremo Tribunal Federal, Procurador General de la República y Abogado General de la Unión en los crímenes de responsabilidad, así como de los Ministros del Estado en los crímenes de la misma naturaleza relacionados con aquellos (Art. 52, Inc. I-II); c) a la Cámara de los Diputados y al Senado Federal, en cuanto a la declaración de pérdida del mandato de sus miembros por infracción de las prohibiciones establecidas en el Art. 54 de la Constitución, o por procedimiento incompatible con el decoro parlamentario o atentatorio contra las instituciones vigentes (Art. 55, par. 2º)<sup>577</sup>.

Así que nadie puede negar que referidos órganos, ejerciendo función jurisdiccional, y sometidos plenamente al deber de respetar la supremacía de la Constitución Federal, puedan recusar la aplicación de una ley o acto normativo en un caso concreto con eficacia plena. Esto no pasa, en realidad, de una cuestión de competencia, pues lo que se debe indagar no es si el órgano puede o no recusar la aplicación de una ley en un caso concreto, sino si él posee competencia que le autorice, en el cumplimiento de su misión constitucional<sup>578</sup>, a ejercer un juicio sobre la validez de la norma, aunque sea un juicio limitado a determinado ámbito del derecho y hasta precario mientras no esté confirmado, *a posteriori*, por el Poder Judicial, en un proceso debido.

El hecho de que el juicio de inconstitucionalidad sobre una norma pueda depender, para adquirir fuerza coactiva, de la última palabra del Poder Judicial no significa

---

<sup>575</sup> Pese a que en Brasil nuestro sistema de jurisdicción es uno, hay restricciones a la unidad funcional del Judiciario. “Ni toda la actividad jurisdiccional está confiada al Poder Judicial; por otro lado, no toda la actividad desarrollada por el Judicial se califica como jurisdiccional.

<sup>576</sup> Al respecto, dicen CINTRA, GRINOVER y DINAMARCO: “Todo que queda dicho revela la inaceptabilidad del criterio orgánico, aisladamente, para distinguir la jurisdicción: ésta sería, según tal criterio, la función cometida al Poder Judicial. Tal propuesta, amén de traer en sí el vicio de la petición de principio (el Poder Judicial es el encargado de ejercer la función jurisdiccional: la función es aquella que corresponde al Poder Judicial), se muestra doblemente falsa: hay funciones jurisdiccionales ejercidas por otros órganos (Cfr. Const. Art. 52, I); y hay funciones absolutamente no jurisdiccionales, que los órganos judiciales ejercen (Const. Art. 96). (CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, GRINOVER, Ada Pelegrini y DINAMARCO, Candido Rangel, *Teoria geral do processo*, 19ª ed., Malheiros, São Paulo, 2003, p. 137).

<sup>577</sup> En este sentido, CINTRA, Antonio Carlos, *et al* p. 159.

<sup>578</sup> No hay como negar que el control que el Presidente de la República ejerce sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley aprobados por el Congreso por medio de veto es una forma de control de constitucionalidad, incluso mediante método jurídico, sobre lo cual no hay posibilidad de revisión por el Poder Judiciario en cuanto al aspecto material, es decir, sobre el contenido político de las razones del veto.

que la decisión adoptada regularmente en el ejercicio de una atribución conferida al órgano por la propia constitución no sea válida o legítima; el confirmar o invalidar la inconstitucionalidad adoptada por un órgano constitucional es una competencia atribuida al Poder Judicial sólo como una exigencia límite del sistema jurídico. Cabe recordar que, a rigor, cuando el tribunal competente aprecia el recurso de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma en la vía del control difuso y la mantiene, no añade nada, simplemente convalida la decisión antes tomada por el juez de primera instancia.

El raciocinio vale para demostrar que, si un órgano constitucional no judicial declara la inconstitucionalidad de una norma y de esta decisión no hay recurso al Poder Judicial éstas se vuelven definitivas y obligan plenamente en los límites de aquella competencia, lo que quiere decir que no es exacta la afirmación de que, “la jurisdicción es monopolio”<sup>579</sup> del Poder Judicial y que sólo él tiene fuerza para declarar la inconstitucionalidad”<sup>580</sup>.

Lo que sucede, en realidad, es que el control que se lleva a cabo – control represivo- es típico de la función jurisdiccional por la necesidad de poner fin a un conflicto de intereses instaurado por las partes, surgiendo de ello el Poder Judicial como el detentador de la competencia, de “la primera palabra” y, a veces, también de “la última palabra”, en última instancia, sobre el tema de la constitucionalidad de la norma como instancia institucionalmente cualificada para ello<sup>581</sup>.

Precisamente esa idea ha sido sostenida por Lucio Bitencourt cuando afirma no haber privatividad del STF en declarar la inconstitucionalidad de la ley: “Ella es

---

<sup>579</sup> Entre los sistemas dichos puros de jurisdicción, en que sólo los órganos del Poder Judicial tienen competencia para decir el derecho, y los sistemas de jurisdicción popular puros–hoy inexistentes- Brasil adopta un modelo mixto, ya que tanto posee jurisdicción profesional –jueces de carera, seleccionados por concurso público, dotados de garantías constitucionales de la inamovilidad, vitaliciedad, irreductibilidad de vencimientos e independencia funcional- cuanto posee órganos de jurisdicción popular, mencionadas en el texto.

<sup>580</sup> Sostiene Raúl CANOSA USERA: “La Constitución al erigirse en fuente primigenia y en verdadero derecho originario exige el mismo trato que otras disposiciones y añade, al respecto, un *prius* consistente en el establecimiento de una multiplicidad de interpretes que, efectivamente, son llamados a realizar labores interpretativas de diversa índole. La causa eficiente de esta pluralidad, ya hemos dicho, no es otra que el superior rango jerárquico del que la Carta Magna disfruta; una “superley”. Todos estamos sometidos a la Constitución y, en especial, todos los poderes públicos están obligados aplicarla a través de sus específicas actividades. La ley fundamental debe, en consonancia con lo expuesto, ser constantemente reactualizada por todos los sujetos cuyos actos concurren a la integración del Ordenamiento (Smend), integración, por lo demás, que sólo se logrará mediante la múltiple interpretación. No son admisibles, consecuentemente, las reducciones organicistas que pretenden confinar la interpretación constitucional al desenvolvimiento de un solo operador jurídico, en la mayoría de los casos un tribunal constitucional. Este reduccionismo, contra el que es preciso ponerse guardia, limitaría al máximo la fuerza normativa de la Constitución, porque dicha carga de expansión normativa sólo se actuaría a posteriori mediante el control de legitimidad correspondiente a los órganos de justicia constitucional. El peligro de un monopolio de este tipo es evidente por sí mismo; primero, a causa del impacto negativo que en un sistema de equilibrio de poderes supondría una competencia exclusiva de este tipo; segundo porque, lejos de fortalecer la propia justicia constitucional, le debilitaría al encerrarla sólo a ella en las reglas constitucionales y permitir una actuación extraconstitucional de las otras instituciones. Esto acarrearía, a la postre, una falta de maniobrabilidad política del Tribunal Constitucional y la sumisión de la Constitución a otros valores, jurídicos o no. La pluralidad de intérpretes implica, por tanto, un control de constitucionalidad disperso y más eficaz”. (*Interpretación constitucional y formula política*, CEC, Madrid, 1988, pp.24-25).

<sup>581</sup> El control de constitucionalidad puede ser no institucionalizado, cuando sea ejercido de modo general por otros intérpretes del cuerpo social, pero el control ejercido por el Poder Judicial en Brasil es un control institucionalizado porque es ejercido por órgano cualificado, reconocido por el ordenamiento jurídico como el competente para llevar a cabo mediante un procedimiento específico –el método jurídico. (Cfr. BERNARDES, Juliano Taveira, control abstracto de constitucionalidad, p. 29).

dependiente de la función jurisdiccional y, por consecuencia, corresponde a quien quiera que legítimamente ejerza esta última. Todos los tribunales y jueces, federales o locales, ordinarios o especiales, disponen de ella, aunque la última palabra sobre el asunto pueda, en cualquier caso, ser deferida al más alto tribunal de la República”<sup>582</sup>.

En conclusión, puede decirse que en la regla general de que todos los órganos del Poder Judicial pueden ejercer el control de constitucionalidad en el sentido estricto no aleja la competencia genérica, connatural al sistema de control difuso, que la propia Constitución confiere a otros órganos constitucionales para que, en sus ámbitos propios de actuación, ejercieran esa misma actividad de defensa de la supremacía constitucional. El rechazo a la aplicabilidad de la norma en el caso concreto de carácter definitivo por el Poder Judicial es consecuencia de su función resolutoria en carácter sustitutivo<sup>583</sup>, como tercero imparcial obligado a la prestación de tutela, lo que le confiere autoridad y fuerza de obligar.

## 2) Objeto

El objeto del control difuso de constitucionalidad puede ser toda norma emanada de los tres niveles de poder, es decir del poder municipal, estadual o federal, de cualquier jerarquía, incluso las anteriores a la Constitución Federal<sup>584</sup>.

El órgano judicial competente podrá dejar de aplicar ley en sentido amplio, como leyes complementarias, leyes ordinarias, leyes delegadas, decretos legislativos, medidas provisionales o decretos, o sea, el producto formal típico de la actividad legislativa<sup>585</sup>, y cualquier acto normativo, aunque secundarios, como el reglamento, la resolución o la ordenanza.

Además de las referidas especies del proceso legislativo ordinario, las propias enmiendas constitucionales<sup>586</sup> pueden ser objeto de inspección en la vía del control difuso

---

<sup>582</sup> BITENCOURT, Carlos Alberto Lucio, ob. cit. p. 35.

<sup>583</sup> “Ejerciendo la jurisdicción, el Estado sustituye, con una actividad suya, las actividades de aquellos que están envueltos en el conflicto traído a la apreciación. No corresponde a ninguna de las partes interesadas decir definitivamente si la razón está con ella o con la otra; ni puede, sino excepcionalmente, quien tiene una pretensión invadir la esfera jurídica ajena para satisfacerse. La única actividad admitida por la ley cuando surge el conflicto es, como vimos, la del Estado que sustituye a de las partes”. (Araujo Cintra, Antonio Carlos et al, ob. cit. p. 132).

<sup>584</sup> BARROSO, Luis Roberto, *O controle de constitucionalidade das leis*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2006, p. 80).

<sup>585</sup> “Art. 59. El proceso legislativo comprende la elaboración de: I – enmiendas a la Constitución; II - leyes complementarias; III - leyes ordinarias; IV - leyes delegadas; V - medidas provisionales; VI – decretos legislativos; VII – resoluciones. Parágrafo único. La ley complementaria tratará sobre la elaboración, redacción, alteración y consolidación de las leyes”. (CF).

<sup>586</sup> El STF tiene posición pacífica admitiendo el control de constitucionalidad de enmiendas constitucionales; en dos casos así ha decidido: en la Adin 829 y 830, Rel. Min. Moreira Alves, publicada en 20.4.1993, relativas a la legitimidad de la Enmienda 2, de 1992, sobre la anticipación del plebiscito previsto en el Acto de las Disposiciones Transitorias, donde concluyó que el legislador no se ha salido de sus atribuciones, y en la Adin 939, Rel. Min. Sydney SANCHES, publicada 1º.02.1994, relativa a propuesta de norma constitucional que instituye el Impuesto sobre Movimentación Financiera (IPMF), cuando la Corte reconoció que el cobro de la exacción en el mismo ejercicio financiero vulneraba el principio de la anterioridad de la ley instituidora, declarándola inconstitucional frente al Art. 60, IV (cláusula pétrea sobre los derechos y garantías individuales). Se reconoció también la incompatibilidad del tributo con el principio federativo de la inmunidad recíproca. (Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, in *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, pp. 96-97). Más recientemente, apreciando la medida cautelar requerida en la ADI 913 MC / DF – Distrito Federal, Relator Min. MOREIRA ALVES, publicado en el DJ 05-05-1995 pp-11904 (www.stf.gov.br) el STF no reconoció lo pedido por ilegitimidad de parte de la Asociación de los

en la medida que, siendo producto de la actividad del legislador derivado - limitado por el poder constituyente originario-, están éstas sometidas a límites formales<sup>587</sup> y materiales<sup>588</sup> establecidos en la Constitución Federal.

Por otra parte, el tratado internacional, que en Brasil tiene la misma jerarquía que las leyes ordinarias<sup>589</sup>, puede igualmente ser objeto de control de constitucionalidad por la vía difusa. El artículo 102, III, b, de la Constitución Federal, al prescribir que compete al Supremo Tribunal Federal juzgar, mediante recurso extraordinario, las causas decididas en última o única instancia, cuando la decisión recurrida declare la inconstitucionalidad de tratado o ley federal, no deja dudas al respecto.

### 3) Instrumentos procesales

Siendo el control difuso incidental, *prejudicial* y *concreto*, esto es, ejercitándose en el ámbito de un proceso judicial como cuestión antecedentemente lógica y con el fin de solucionar la demanda, en principio todos los tipos de acciones procesales son aptos al manejo de la cuestión de inconstitucionalidad.

Una parte de la doctrina sostenía que la vía incidental se limitaba únicamente como medio de defensa, es decir, era simplemente defensa o excepción<sup>590</sup> contra la aplicación de un acto inconstitucional, ya que en contra de actos inconstitucionales, o ilegales, de la autoridad política no se debería plantear acción judicial en carácter principal. Prevalió, sin embargo, el entendimiento en el sentido de que, el control difuso, caracterizándose, fundamentalmente, por la verificación de una cuestión concreta de inconstitucionalidad, también podría litigarse por la *injunción* - acción declaratoria.

Es decir, tanto podrá ejercitarlo el actor de una acción procesal, como el reo, o requerido. Pero, es menester que la controversia sea real, derivada de una relación jurídica en que la ley o el acto constituyan un obstáculo inconstitucional a un derecho existente y

---

Magistrados Brasileños, pero no ha descartado la posibilidad jurídica del pedido que versaba sobre la impugnación contra la EC 03/93.

<sup>587</sup> Dispone la Constitución sobre el procedimiento de la reforma: “La Constitución podrá ser enmendada mediante propuesta: I-de un tercio, en el mínimo, de los miembros de la Cámara de los Diputados o del Senado Federal; II. del Presidente de la República; III-de más de la mitad de las Asambleas Legislativas de las unidades de la Federación, manifestándose cada una de ellas, por la mayoría relativa de sus miembros.

Par. 1º. La Constitución no podrá ser enmendada en la vigencia de intervención federal, de estado de defensa o de estado de sitio. Par. 2º. La propuesta será discutida y votada en cada Casa del Congreso Nacional, en dos turnos, considerándose aprobada si obtuviese, en ambos, tres quintos de los votos de los respectivos miembros. Par. 3º La enmienda a la Constitución será promulgada por las Mesas de la Cámara de los Diputados y del Senado Federal, con el número de orden”. (Art. 60, CF).

<sup>588</sup> En Brasil no son admitidos a procesos de enmiendas constitucionales las propuestas tendientes a: abolir la forma federativa de Estado, el voto directo, secreto universal y periódico, la separación de poderes y los derechos y garantías individuales. (Art. 60, par. 4º, CF).

<sup>589</sup> Así viene decidiendo el STF, Vg., RTJ 83/809, 82/530 y 121/270. Habiendo sido declarado inconstitucional el tratado, en la vía incidental y tras la decisión y comunicación del STF al Senado Federal, deberá este “suspender su ejecución y el Presidente de la República inmediatamente denunciarlo”. (Cf. PONTES DE MIRANDA, *apud* Zeno VELOSO, ob. cit. p. 114).

<sup>590</sup> Era impropia la utilización de la expresión. De acuerdo con el Código de Proceso Civil (Art. 304) “es lícito a las partes demandar, por medio de excepción, la incompetencia (Art. 112), el impedimento (Art. 134) o la sospecha (Art. 135)”. Además, la defensa puede ser sustancial, atacando directamente la propia pretensión del autor, el fundamento del pedido, e indirectamente, oponiéndole hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho alegado por él, sin elidir propiamente la pretensión deducida: por ejemplo: prescripción, compensación, novación. (Cfr. CINTRA, Antonio Carlos Araujo *et al*, *Teoria geral do processo*, 19ª ed., Malheiros, São Paulo, 2003, p. 274). Como se ve la excepción, como defensa, no retrata fielmente la posición del actor que también puede plantear la cuestión.



actual, no a un derecho futuro o hipotético<sup>591</sup>. El objeto del proceso deberá consistir, siempre, en providencia judicial para solución del litigio concreto resultante de la incidencia de la norma impugnada.

El planteamiento de la cuestión, por tanto, puede ocurrir en acciones de procedimiento ordinario, sumario, acción especial o constitucional –las llamadas garantías constitucionales del *habeas corpus*<sup>592</sup>, *habeas data*<sup>593</sup> y “mandado de segurança” individual y colectivo<sup>594</sup>–, incluso, de entre estas, la acción popular<sup>595</sup> y la acción civil pública. En cuanto al “mandado de segurança” su empleo es restricto, ya que tiene en mira no a la ley, pero sí al acto del poder público practicado con base en la ley inconstitucional<sup>596</sup>.

Merece apunte específico la utilización de la acción civil pública<sup>597</sup> como medio de control incidental o concreto. Referido instrumento, introducido por la ley 7.345/85 y recibido por la Constitución de 1988<sup>598</sup>, regula la acción de naturaleza

---

<sup>591</sup> BITENCOURT, en un comentario a la evolución de la doctrina norteamericana, ya en 1949, sostenía el cabimiento de la acción declaratoria para el control de constitucionalidad en el derecho brasileño. Decía: “Lo que se infiere de ahí es, precisamente, que los tribunales no admiten la acción que tenga por fin, apenas, declarar la inconstitucionalidad sin cualquier ligación con una hipótesis concreta. Pero, desde que exista, o pueda existir, un litigio y para su decisión sea menester el examen de la eficacia de la ley, poco importa la forma procesal adoptada...” Es lo que afirmó también el Ministro Castro Nunes, en un voto magistral: “En cualquier proceso, sea de naturaleza sea, es posible levantar la cuestión constitucional; en cualquier acción, cualquier proceso, sin excepción, hasta por la vía de la reclamación”. (BITENCOURT, Carlos Alberto Lucio, atualiz. por José Aguiar Dias, *O controle de constitucionalidade das leis*, Ministerio da Justiça, Brasília, 1997, p. 103).

<sup>592</sup> “Se concederá *habeas corpus* siempre que alguien sufra o se hallara amenazado de sufrir violencia o coacción en su libertad de acción, por ilegalidad o abuso de poder”. (Art. 5º, LXVIII, CF).

<sup>593</sup> “Se Concederá *habeas data*: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante, constantes de reparticiones o banco de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por proceso secreto, judicial o administrativo”. (Art. 5º, LXXII, CF).

<sup>594</sup> “Se concederá *mandado de segurança* para proteger derecho *liquido y cierto*, no amparado por *habeas corpus* o *habeas data*, cuando el responsable por la ilegalidad o abuso del poder fuera autoridad pública o agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del poder público”. (Art. 5º, LXIX, CF). “El *mandado de segurança* colectivo puede ser impetrado por: a) un partido político con representación en el Congreso Nacional; b) una organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida y en funcionamiento de por lo menos un año, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados”. (Art. 5º, LXX, CF).

<sup>595</sup> “Cualquier ciudadano es parte legítima para proponer acción popular cuyo objetivo sea anular un acto nocivo al patrimonio público o de entidad de que el Estado participe, a la moralidad administrativa, al medio ambiente y al patrimonio histórico y cultural, quedando el autor, salvo prueba de mala fe, inmune a gastos judiciales y del cargo de la sucumbencia”. (Art. 5º, LXXIII, CF).

<sup>596</sup> La *Súmula* 266-STF prescribe: “No cabe *mandado de segurança* contra ley en tesis”. Esto es debido a que la ley, como norma abstracta de conducta, no lesiona, por sí solo, derecho individual, pero sí lo hace el acto que de ella promana.

<sup>597</sup> La acción civil pública es muy utilizada, sobre todo por el Ministerio Público como uno de los actores legitimados, y las sentencias de estimación posee eficacia *erga omnes*, circunstancia que, sumada a otros argumentos, plantea el problema en cuanto a la posibilidad de, por su intermediación, obtener una declaración de inconstitucionalidad de norma en una vía en que, de acuerdo con el sistema constitucional, la sentencia sólo produzca efectos *inter partes*. “La sentencia civil hará cosa juzgada *erga omnes*, en los límites de la competencia territorial del órgano prolator, excepto si el pedido fuera juzgado improcedente por insuficiencia de pruebas, hipótesis en que cualquier legitimado podrá intentar otra acción con idéntico fundamento, valiéndose de una prueba nueva” (Art. 16 de la ley nº 7.345/85).

<sup>598</sup> José Carlos BARBOSA MOREIRA habla de una “recepción cualificada de la acción civil pública por la Constitución, cuyo artículo 129, III, la atribuye como función institucional del Ministerio Público. (*apud* BARROSO, Luis Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas, limites e possibilidades da Constituição Brasileira*, Renovar, Rio de Janeiro-São Paulo, 2002, p.217).

colectiva, los llamados “procesos de masa” en defensa del medio ambiente, del consumidor, de los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico, o cualquier otro interés difuso o colectivo, por infracción al orden económico y de la economía popular<sup>599</sup>.

Han surgido controversias, tanto en doctrina, como en la jurisprudencia, en cuanto a la adecuación de este medio procesal para el ejercicio del control difuso de constitucionalidad. La cuestión podría resumirse en dos aspectos: el hecho de que esta acción, por su naturaleza colectiva, no tiene por objeto apenas una pretensión concreta, pero sí el interés público genéricamente y, sobre todo, porque el carácter *erga omnes* de la sentencia en ella proferida, en caso de que fuera estimatoria, supondría una usurpación de competencia del STF<sup>600</sup>.

Pero, es cierto que ninguno de estos argumentos constituían verdaderos obstáculos a la capacidad de referida acción al efecto, desde que se ha podido comprender su naturaleza y, así, extremarla de la acción directa de inconstitucionalidad, a la luz de los postulados procesales más modernos.

De acuerdo con la doctrina especializada<sup>601</sup>, para la comprensión del problema hay que partir de la distinción entre el *pedido imediato* y el *pedido mediato con la causa de pedir* en las dos acciones. El objeto, en las acciones en general, es exteriorizado por el pedido, que en su acepción *imediata* es la *providencia jurisdiccional*: una sentencia condenatoria, declaratoria, constitutiva o aún providencia ejecutiva, cautelar o preventiva.

La acción civil tiene naturaleza básicamente condenatoria<sup>602</sup>, incluso mediante imposición de obligación de hacer o no hacer. Su *causa de pedir* es, por tanto, la *existencia o riesgo de un daño* a cualquiera de los bienes de la vida protegidos por la ley (*objeto mediato*) y el *objeto inmediato* del pedido es la *providencia jurisdiccional* solicitada, que en caso de condena, por ejemplo, puede ser la obligación del condenado a recomponer el medio ambiente dañado o sacar del mercado un producto que pueda causar daño a la salud de los consumidores, o la declaración de nulidad de acto nocivo para la moralidad administrativa<sup>603</sup>.

---

<sup>599</sup> Artículo 1º de la ley nº 7.345/85. La Constitución Federal vigente, en su artículo 129, II, al disponer sobre las atribuciones del Ministerio Público, contempla explícitamente la acción civil pública “para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos”. Posteriormente a la Constitución de 1988, varias leyes dispusieron sobre la acción civil pública para la tutela de derechos e intereses transindividuales, tal como la ley 7.853/89, que dispone sobre la protección de las personas discapacitadas la ley 7.913/89, que dispone sobre la responsabilidad por daños causados a los inversores del mercado de valores mobiliarios, la ley 8.069/90 – el Estatuto de la Crianza e Adolescente-, que asegura la protección judicial de los intereses individuales, difusos y colectivos de la crianza y adolescentes y, por fin, la ley 8.078/90, el Código de Defensa del Consumidor, que ha ampliado la acción civil pública, creando una nueva categoría de intereses tutelables por esta vía: los individuales homogéneos, además de proceder la integración entre los diplomas legales.

<sup>600</sup> BARROSO, Luis Roberto, op. cit. p. 79).

<sup>601</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo, in *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, 7ª Ed., ver. e atual., RT, São Paulo, 2001; NERY JUNIOR, Nelson, *A ação civil pública*, *Justitia* 45, PP.79-88, São Paulo, 1983; MAZZILLI, Hugo Nigro, *O inquérito civil*, Saraiva, São Paulo, 1999 etc.

<sup>602</sup> Puede decirse que la acción civil pública tiene por objeto una pretensión para imponer al infractor una obligación de hacer o de no hacer, que recomponga *in specie* la lesión al interés individual violado, so pena de ejecución por tercero, a sus expensas, o de imposición de multa diaria por el retraso en el cumplimiento del juzgado”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, 7ª ed., rev. e atual., RT, São Paulo, 1999, pp. 41-42).

<sup>603</sup> Esto es dicho muy claramente por Luis Roberto BARROSO. (*O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, pp. 242-243).

Otros apuntan como obstáculo un supuesto carácter objetivo del proceso de la acción civil pública, el que no es cierto. Es una acción de partes procesales, sometida a la disciplina procesal civil, a contradicción y amplia defensa, con todos los recursos a ella inherentes, incluso pudiendo llegar la sentencia al conocimiento del STF por recurso extraordinario, cuyo pedido, como se ha dicho, no tiene en mira la declaración de inconstitucionalidad de la norma, pero sí un bien jurídico concreto protegido por la ley y la Constitución Federal. El objeto de la acción civil no es la pronunciación de inconstitucionalidad sino la solución del conflicto de intereses de naturaleza colectiva.

Así que, la acción civil podrá ser utilizada, como cualquier otra acción, si el pedido en ella formulado no pretende obtener, exclusivamente, la inconstitucionalidad de la ley o acto normativo impugnado y si la resolución de la cuestión de constitucionalidad se presenta como necesaria al procedimiento jurisdiccional deseado y adecuado al objeto de la acción<sup>604</sup>.

El efecto *erga omnes* propio de las sentencias proferidas en acción civil pública no parece obstáculo válido. La respuesta correcta deviene del régimen del control concreto y de la propia regla procesal civil contenida en el artículo 469, III, del Código de Proceso Civil brasileño según la cual la cuestión prejudicial decidida incidentemente en el proceso no hace cosa juzgada.

En este tipo de control el juicio sobre la constitucionalidad de la norma no es el objeto principal, la relación de derecho material (el derecho violado o amenazado, en sí), pero constituye una cuestión previa de la que depende el juicio de la materia de fondo. La decisión se impone como necesidad de solución a la controversia y tiene el efecto, apenas, de alejar la incidencia de la norma inconstitucional en aquel caso concreto, cuya declaración posee efectos *inter partes*. Esto es lo que explica, entre nosotros, el fundamento de la suspensión de la ejecución por el Senado de leyes o decretos definitivamente declarados inconstitucionales en esta vía por el Supremo Tribunal Federal. (Art. 52, X, CF).

Además, la eficacia *erga omnes* que la ley de la acción civil pública impone a la sentencia no alcanza a sus fundamentos<sup>605</sup> –donde se encuentra la cuestión de inconstitucionalidad resuelta– pero incide sobre su parte dispositiva, donde se localiza la solución concreta del litigio<sup>606</sup>. Así que la norma inconstitucional no pierde la eficacia ni la aplicabilidad general de que es dotada.

---

<sup>604</sup> En los ejemplos ya referidos, dice BARROSO, “el medio ambiente ecológicamente equilibrado (CF, art. 225), la protección a la vida, salud y seguridad de los consumidores (ley 8.078/90, arts. 6º, I, 8º, 10 e 102) y la probidad en la Administración Pública (CF, art. 37, *caput*, y par. 4º), son los objetos que el autor pretende conseguir, y “es claro que la tutela del interés público estará presente, pero con hechos nítidamente subsidiarios. Y ello, por sí solo, no es capaz de trasmutar la naturaleza del proceso o encubrir la existencia del caso concreto” (Ob. cit. p. 243).

<sup>605</sup> No se debe olvidar la distinción entre eficacia *erga omnes*, como fuerza de ley contra todos, que radica en la parte dispositiva de la sentencia y alcanza sólo la cosa juzgada, con el efecto vinculante, que además de ello se extiende a los fundamentos de la decisión. Sobre ello se hablará más adelante.

<sup>606</sup> BARROSO presenta ejemplos en que la ley puede ser atacada de inconstitucional por medio de la acción civil pública como condición del proveimiento necesario a la satisfacción de la pretensión en defensa del interés difuso, vg., en el caso de una ley municipal que permita al alcalde dispensar el estudio de impacto ambiental de cualquier obra, supuesto en que el Ministerio Público puede promover la acción para que el alcalde se abstenga de conceder licencias sin evaluar previamente el impacto ambiental, fundado en que la norma viola los dispositivos inscritos en el art. 225, IV e par. 4º de la Constitución Federal. O, todavía, admite el autor que se pueda proponer la acción civil para que el Alcalde Municipal se abstenga de conceder cualquier licencia en esas condiciones, dado que, pese que el efecto práctico sería la ineficacia general de la

Por tanto, el efecto *erga omnes* propio de la acción civil no es impedimento para que por su intermedio se controle la constitucionalidad con efectos *inter partes*<sup>607</sup> en lo que se refiere a la norma impugnada y reconocida como inconstitucional. El Supremo Tribunal Federal ya tuvo ocasión de reconocer que: “En las acciones colectivas no se niega, a la evidencia, la posibilidad de la declaración de inconstitucionalidad, *incidenter tantum*, de ley o acto normativo federal o local. La eficacia *erga omnes* de la decisión, en la acción civil pública, *ut* Art. 16, de la ley nº 7.347/85, no quita el juzgado del control de las instancias superiores, incluso del STF<sup>608</sup>”.

En la Reclamación nº 1.733-SP., la Corte Suprema, invocando los precedentes en las Reclamaciones 600-SP y 602-SP, ha reiterado el entendimiento en cuanto a la capacidad de la acción civil pública para el control difuso de constitucionalidad. En este juicio, de 1º de diciembre de 2000, el STF establece una doctrina muy clara sobre el tema, distinguiendo los ámbitos de cada una de las acciones, rechazando los argumentos de que la utilización de referida acción conllevaría a una usurpación de la competencia del Tribunal, en función de la eficacia *erga omnes* de la sentencia, puesto que la cosa juzgada no alcanza la cuestión prejudicial – en la que radica la decisión sobre la inconstitucionalidad del acto- y porque, por otro lado, la decisión está sometida a control por las instancias superiores, incluso pudiendo llegar al Supremo Tribunal Federal<sup>609</sup>.

Así, queda claro que la “declaración” incidental de inconstitucionalidad de la norma nunca pasará de uno de los fundamentos posibles de la acción civil pública y, por ello, no integra la parte dispositiva de la sentencia, no repercutirá más allá de los confines propios de la relación jurídica de derecho material resuelto en especie.

Tal formulación teórica sigue vigente aun cuando el resultado práctico de la acción civil pública pueda vaciar el objeto de la acción directa de inconstitucionalidad, porque, como señala Barroso<sup>610</sup>, si esto ocurre el problema no estará en el objeto inmediato de aquella acción sino en el tipo de interés y bienes legalmente protegidos y que tienen, en su mayoría, asiento en el texto de la propia Constitución Federal. El interés difuso tutelado por vía de la acción civil no se difunde por la eficacia *erga omnes*, pero ésta es el instrumento de fruición de aquel interés que sólo puede ser asegurado por un procedimiento de alcance general muy semejante al que ocurre con el efecto general de la ley.

---

ley, bastaría demostrar la existencia de proyectos en apreciación para legitimar la medida. (Ob. cit. pp. 244-245).

<sup>607</sup> “Al contrario, el control difuso, incidental, en el caso concreto, es admitido en toda y cualquier acción, como tal definida en el CPC, incluso la acción civil pública”. (ALMEIDA, Joao Batista de, *A ação civil pública e a tutela jurisdicional do consumidor*, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 32, p. 14); en el mismo sentido, Clemerson Merlin CLEVE, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 97).

<sup>608</sup> Rcl 600/SP Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, J. 03/09/1997, Public: DJ 05-12-2003 pp-019, Ement. Vol-02135-01 pp-06, (fuente: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)).

<sup>609</sup> Cfr. PALÚ, Oswaldo Luiz, in *Controle de constitucionalidade, conceito, sistemas e efeitos*, 2ª Ed., RT., São Paulo, 2001, p.330-337.

<sup>610</sup> El manejo de la acción civil pública en el juicio singular debería simplemente contener el pedido de abstención del alcalde en dar ejecución a la ley inconstitucional, es decir, una obligación de no hacer, mientras la sentencia en la acción directa produciría la invalidez de la ley, ambas conduciendo al mismo resultado práctico. En los ejemplos la ley tiene efecto único y objeto perfectamente definido, lo que no siempre ocurre en otros tipos normativos. Por ello hay que evaluar caso a caso la situación. Por lo que coincidimos por completo con Luis Roberto BARROSO cuando dice: “siendo la parte, la causa de pedir y el pedido legítimos y bien fundados, el hecho de que eventualmente el efecto práctico de la decisión en la acción civil pública coincida con la declaración *erga omnes* de inconstitucionalidad no invalida su capacidad. Se trata de una coincidencia, no de usurpación, disimulación o cualquier otro vicio”. (ob. cit. p. 245).

Debe dejarse anotado, por fin, que el instrumento de la demanda de incumplimiento de precepto fundamental, creado en el Art. 102 de la vigente Constitución de 1988 y desarrollado por la ley 9.882/99, posee un carácter mixto; tanto puede ser ejercitado en carácter principal o autónomo, como verdadera acción directa al Supremo Tribunal Federal, en cuanto es presentada de manera incidente en el modo de control difuso, supuesto en que la cuestión, semejantemente al recurso de inconstitucionalidad del derecho alemán, habrá de ser resuelta por la Corte Suprema cuya decisión tendrá, en cualquier caso, *eficacia erga omnes* y efecto vinculante.

Su objeto de control son, no sólo las leyes y actos normativos, sino también los actos materiales, sean posteriores o anteriores a la Constitución. Pero, la verdad es que, poseyendo naturaleza de acción – aunque pueda ejercitarse incidentalmente en el curso de un proceso, una vez agotados los medios normales de recurso – no integra el llamado control difuso, situándose, por el contrario, en el campo del control concentrado, rigiéndose por los postulados del proceso de naturaleza objetiva.

Por ello, de este instrumento trataremos en otro lugar.

#### **4) Legitimados: la obligada intervención del Ministerio Público**

Legitimados a plantear la inconstitucionalidad son las partes procesales y las demás personas que figuren en el proceso y el Ministerio Público, en caso de que éste no sea el propio autor de la demanda.

El Ministerio Público, en nuestro sistema jurídico, ocupa una posición destacada, definido por la Constitución Federal como “institución permanente, esencial a la función jurisdiccional del Estado, incumbiéndole la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales no disponibles”<sup>611</sup>. Siempre que esté presente un interés público actúa en cualquier proceso y grado de jurisdicción en la posición de fiscal del orden jurídico justo y, por otro lado, ejerce la titularidad de la acción judicial en numerosos supuestos, en diversos ámbitos del derecho, notablemente, en defensa de bienes, valores e intereses difusos y colectivos, amén de su protagonismo en la esfera penal donde tiene titularidad privativa para la acción penal pública.

Es así que, en cualquier posición que esté el Ministerio Público en el proceso judicial, sea como parte o como *custos legis*, puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad de norma, aunque las partes no lo hayan hecho, lo que impondrá apreciación judicial como cuestión prejudicial si necesaria a la solución del litigio<sup>612</sup>. Además, si no hay intervención de aquel órgano, por ausencia de interés público que lo justifique, su intervención se hace necesaria si la inconstitucionalidad es planteada por una de las partes, dada su función de defensor del orden jurídico objetivo que, por supuesto, solo puede ser un orden conforme a la Constitución.

---

<sup>611</sup> Art. 127, CF.

<sup>612</sup> La obligada apreciación judicial sobre la cuestión constitucional planteada, en nuestro sistema jurídico, deriva del principio constitucional de la irrecusabilidad de la prestación de tutela, según el cual “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza a derecho” (art. 5º, XXXV, CF) y, por otro lado, del deber de fundamentación de todas las decisiones judiciales so pena de nulidad absoluta (art. 93, IX, CF). Es evidente que la cuestión debe ser prejudicial y necesaria en el sentido de que no siendo resuelta no se podrá llegar a la decisión de fondo. Si, por lo tanto, la cuestión de la constitucionalidad no es una cuestión de resolución obligada para la decisión de la causa, que puede ser decidida sobre otro fundamento jurídico, no se daña el principio de la irrecusabilidad de la jurisdicción.

Pero, además del Ministerio Público y de las partes, terceros que figuren en el proceso en la condición de “interesados”, es decir, el asistente, el litisconsorte u oponente, también podrán plantear el control de constitucionalidad. Así que es falsa la idea de ser el control difuso excepción, concepto que, en nuestro sistema procesal, designa la oposición hecha por el requerido en el proceso, como una contestación, ya que la cuestión de inconstitucionalidad, es manejable no sólo por él, sino también por cualquiera de los actores procesales.

En efecto, aunque el Derecho procesal brasileño sigue la regla general *nemo iudex sine actore*, es decir, la de que “ningún juez prestará la tutela jurisdiccional sino cuando la parte o el interesado lo requiera, en los casos y formas legales”<sup>613</sup>, no es imprescindible, sin embargo, que se alegue la inconstitucionalidad de la norma aplicable a la controversia, ya que, propuesta la acción, el proceso se desarrolla por impulso oficial<sup>614</sup> y el juez o tribunal puede, de oficio, rehusar la aplicación de la ley o acto inconstitucionales, aunque las partes no lo hagan.

De las sentencias de primera instancia, sea de la justicia común, federal o especial, siempre cabrá recurso a la instancia inmediatamente superior, aunque en las llamadas acciones de competencia originarias de los tribunales el recurso no posea ámbito de devolutividad plena, tampoco haya un derecho fundamental al duplo grado de jurisdicción. En estos supuestos, la cuestión constitucional decidida en el tribunal podrá ser llevada en recurso extraordinario al Supremo Tribunal Federal.

En los tribunales, donde rige el principio de colegialidad, el rito procedimental para la declaración de inconstitucionalidad de la norma sigue una sistemática específica en atención a la finalidad de mayor seguridad jurídica. Este es el tema del próximo apartado.

## **5) La declaración de inconstitucionalidad en los Tribunales: el principio de reserva de plenario**

En el caso de declaración de inconstitucionalidad proferida por tribunales, de acuerdo con la regla que viene desde la Constitución de 1934 (Art. 179), se exige *quorum* especial. Prescribe el Art. 97 que “Solamente por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros o de los miembros del respectivo órgano especial”<sup>615</sup> podrán los tribunales declarar la inconstitucionalidad de ley o acto normativo del Poder Público”.

La llamada “reserva de plenario”, que se refiere a la competencia del órgão colegiado máximo de los tribunales, al lado de del *quorum* de mayoría absoluta, son requisitos de validez para la decisión de inconstitucionalidad de la ley o acto impugnado. La exigencia tiene por objeto asegurar la uniformidad de entendimiento entre los órganos fraccionarios de los tribunales, proporcionando previsibilidad, certeza y seguridad jurídica para los justiciables al evitar decisiones contradictorias, sometidas a mayorías ocasionales y cambiantes.

Esta regla constitucional, que originariamente sólo incidía en el ámbito del control difuso, hoy es aplicable indistintamente a todos los tribunales, incluso en el

---

<sup>613</sup> Art. 3º del Código de Proceso Civil Brasileño.

<sup>614</sup> Art. 262. “El proceso civil empieza por iniciativa de la parte, pero se desarrolla por impulso oficial” (Código de Proceso Civil Brasileño)

<sup>615</sup> Órgano Especial, creación de la EC 45/2005, es posible en los Tribunales con número superior a veinticinco jueces, debiendo poseer como mínimo de once y como máximo veinticinco miembros, para las atribuciones administrativas y jurisdiccionales delegadas de la competencia del tribunal pleno. La mitad de las vacantes son adjudicadas por antigüedad y la otra mitad por elección del tribunal pleno (art. 93, XI, CF).

Supremo Tribunal Federal, independientemente del tipo de proceso en el que se decida la inconstitucionalidad<sup>616</sup>.

Según los artículos 480 hasta el 482 del Código de Proceso Civil, que regula el procedimiento de las declaraciones *incidenter tantum* en los órganos fraccionarios de los tribunales<sup>617</sup>, “argüida la inconstitucionalidad de ley o acto normativo del poder público, el relator, oído el Ministerio Público, someterá la cuestión a la Turma o Cámara, a la que corresponda el conocimiento del proceso”<sup>618</sup>.

Si la alegación de inconstitucionalidad fuera rechazada por la Turma o Cámara, proseguirá el juicio; si fuera acogida – lo que ocurre en juicio perjudicial –, será redactada la sentencia<sup>619</sup> a fin de que la cuestión sea sometida al Pleno o al órgano especial. Pero, si sobre la cuestión ya hubiera pronunciamiento anterior del Pleno u órgano especial del tribunal o del plenario del Supremo Tribunal Federal, no se llevará la materia al órgano competente<sup>620</sup>.

Anteriormente a la regla introducida en el párrafo único del artículo 481 del CPC, el STF sentara doctrina de que la decisión plenaria del Tribunal Supremo declaratoria de inconstitucionalidad de norma, siendo presupuesto necesario y suficiente a que el Senado le confiera efectos *erga omnes*, elude la presunción de su constitucionalidad, pero que, a partir de ahí, pueden los órganos parciales de los otros tribunales acogerla para fundar la decisión en casos concretos ulteriores, prescindiendo de someter la cuestión de la constitucionalidad a su propio plenario<sup>621</sup>.

Según esta doctrina, la quiebra de la presunción de constitucionalidad de la norma, por fuerza de la decisión de la Corte Suprema que declara la inconstitucionalidad, autoriza a que los órganos fraccionarios de los tribunales no sometan la misma cuestión al plenario en casos ulteriores. Y ello porque, en rigor, aunque los órganos inferiores pudiesen decidir en contra de la orientación del STF, es previsible que, en sede de recurso extraordinario, aquella Corte hubiera de confirmar su precedente, lo que implicaba irracionalidad y pérdida de tiempo.

Ahora, tras la ley n° 9.756/98 – que ha introducido un párrafo único en el Art. 481 del CPC- hay regla legal que crea una especie de “efecto vinculante”<sup>622</sup> interno a la vía del control incidental, visto que, habiendo decisión sobre la cuestión constitucional por parte del plenario de tribunal, sea del órgano especial del tribunal, o del plenario del STF, los órganos fraccionarios ya no deberán someter la cuestión al plenario; habrán de juzgar la

---

<sup>616</sup> V. g. STF, RF 349/230, 2000, Rel. Min. Sepúlveda PERTENCE, *apud*, BARROSO, Luis Roberto, *O controle de constitucionalidade*, p. 84.

<sup>617</sup> La expresión “órganos fraccionarios” designa las cámaras y turmas en el interior de los tribunales como fracciones del órgano pleno, compuesto por todos los miembros.

<sup>618</sup> Turmas son órganos colegiados compuestos de las Camaras aisladas, civiles, criminales etc. Camaras son las menores fracciones del tribunal, normalmente compuestas de tres jueces.

<sup>619</sup> Se trata de una sentencia específica, que versa la simple admisión de la cuestión constitucional; posteriormente, tras la decisión de la cuestión por el órgano pleno, otra sentencia es redactada por la cámara o turma tras el juicio final del recurso. Y es de esta decisión que puede interponerse el recurso.

<sup>620</sup> Art. 480, par. único del CPC-redacción de acuerdo con la ley n° 9.756/98.

<sup>621</sup> RE n° 191.898, publicado en el DJ de 22.8.97, p.38.781, en que fue relator el Min. Sepúlveda PERTENCE.

<sup>622</sup> “No se puede dejar de concluir que se trata de introducción de efecto vinculante, cuanto al tema, en nuestro control incidental. Habiendo decisión plenaria – o del órgano especial- que se haya pronunciado sobre la cuestión, o si la misma ya fue resuelta por el Supremo, resurgiendo la materia en el órgano fraccionario. No ocurrirá más la elevación de la demanda al plenario – u órgano especial – pues la decisión anterior tendrá de ser obedecida y seguida” (VELOSO, Zeno, ob. cit. pp. 48-49).

causa observando la decisión superior y cualificada antes proferida por el pleno/órgano especial del propio tribunal o de la Corte Suprema.

Ahora bien. Cabría preguntar si la regla prohíbe, efectivamente, a que los órganos fraccionarios y los propios tribunales decidan en contra de lo que haya decidido el STF en este tipo de control de índole subjetiva.

En primer lugar, a nuestro ver, la regla comentada no tiene el alcance que parece tener; es decir, la ley no introdujo un típico *efecto vinculante*, pero sí un procedimiento destinado a articular la actuación de los órganos de un mismo tribunal – el fraccionario y el pleno, ambos competentes en un mismo proceso, aunque para cuestiones distintas- frente al planteamiento de una cuestión incidental de inconstitucionalidad, dadas las exigencias de decisión plenaria de los tribunales y de *quórum* de mayoría absoluta expuesta en el artículo 97 de la Constitución Federal, exigencia que, como hemos apuntado, se aplica también al control difuso.

Es en razón de la competencia funcional del pleno para declarar la inconstitucionalidad que el órgano fraccionario está obligado a remitirle el proceso tras admitir a trámite la cuestión, suspendiendo el proceso; y es por la misma causa que el órgano fraccionario queda sometido a lo decidido por el pleno del tribunal, lo que es consecuencia lógica del régimen de competencia jurisdiccional repartida entre ambos órganos<sup>623</sup>.

Sin embargo, no existe la obligación del órgano fraccionario a someter siempre la cuestión al pleno; puede rechazar de plano la cuestión incidental, decidiendo que la norma es constitucional, aunque el pleno o el STF hubieran resuelto en sentido contrario en otro proceso en la vía de control difuso frente a nuevos fundamentos. El único que la regla del Art. 97 de la Constitución prohíbe es que el órgano fraccionario declare la inconstitucionalidad de la norma.

Asimismo, el pleno del tribunal podrá declarar constitucional o inconstitucional una norma sin atención a lo decidido por el STF en otros procesos en el ámbito del control difuso. Esto es así porque la eficacia *erga omnes* en las decisiones definitivas de inconstitucionalidad proferidas por el STF en el control difuso de constitucionalidad sólo se predica de la resolución del Senado Federal, conforme prescribe el Art. 52, X, de la Constitución. Y, mientras la ley o acto declarado inconstitucional no tenga su ejecución suspendida, sigue vigente y aplicable por todos los jueces y tribunales.

En el ángulo procesal, también, la cosa juzgada sólo se desprende de las decisiones de mérito, es decir, de las que solucionan el fondo de la cuestión, no de la decisión que resuelve cuestión prejudicial incidente en el proceso<sup>624</sup>, como premisa

---

<sup>623</sup> Debe notarse que esta sistemática es la adoptada en España para la llamada “autocuestión” o “cuestión interna” de constitucionalidad que puede suscitar la Sala o Sección del Tribunal Constitucional en el seno del proceso de recurso de amparo, en el supuesto de que la ley aplicable al caso concreto sea sospechosa de inconstitucionalidad, conforme a lo regulado en la LO 06/2007, de 24 de mayo.

<sup>624</sup> Dice el artículo 469 del CPC: “Art. 469. No son cosa juzgada: I-(...); II-(...); III-la apreciación de cuestión prejudicial, decidida incidentemente en el proceso.” Así que la fundamentación, compuesta por los motivos de hecho y de derecho, así como la verdad de los hechos establecidos como premisas para el juicio, no es atingida por la cosa juzgada material. Y, por tanto, los fundamentos, como no transitan en juzgado, pueden reaparecer en otra acción, siendo libre el magistrado para dar a estos la interpretación y el valor que entienda correcto. (Cfr. NERY JUNIOR, Nelson, in *CPC comentado*, 10ª ed., RT. São Paulo, 2007, p. 469).



necesaria a la decisión de fondo, tal como ocurre en los procesos de control difuso que deciden sobre la cuestión constitucional<sup>625</sup>.

El efecto vinculante, por otro lado, en nuestro sistema de control de constitucionalidad sólo incide en las decisiones proferidas en el método de control concentrado, aspecto central que, a la par de otros elementos, distingue y permite la convivencia entre los métodos de control difuso y abstracto de constitucionalidad; este un control puro de constitucionalidad de carácter principal, aquél un control que simplemente se presenta como necesario para la solución de un litigio.

Nuestra conclusión, por tanto, es que el alcance de referida regla es limitado únicamente en aquellas situaciones en que el órgano fraccionario, tras acoger la cuestión de inconstitucional, queda vinculado a la decisión interna del pleno en aquel proceso, en aquel caso concreto. No hay, por tanto, prohibición legal a que los órganos fraccionarios del tribunal puedan seguir entendiendo constitucional, por otros fundamentos jurídicos, una norma antes declarada inconstitucional por el pleno o por el Supremo Tribunal Federal en control difuso<sup>626</sup>.

Al añadir el párrafo 1º, 2º y 3º al artículo 482 del CPC, la ley 9.868/99 previó la posibilidad de manifestación del Ministerio Público y de las personas jurídicas de derecho público responsables por la edición del acto impugnado, aunque no sean partes en el proceso. También los legitimados a la propuesta de acción directa (Art. 103, CF) fueron autorizados a pronunciarse sobre la cuestión, con lo que se intenta una afluencia de los principales interpretes de la Constitución en el procedimiento incidental de control difuso a efectos de acoger distintas visiones acerca de la constitucionalidad y, todavía más, de conocer las consecuencias socio-políticas y económicas de la eventual declaración de inconstitucionalidad que puedan aportar referidos actores procesales, asegurando una mayor legitimación social de las decisiones del tribunal.

No hay dudas de que, con las nuevas reglas se desprende un acercamiento entre los dos sistemas de control en la medida en que, al llamar al proceso a terceros intérpretes y hasta la parte responsable por la edición del acto cuestionado, no sólo se permite una decisión mucho más informada y racionalizada<sup>627</sup>, sino que, con la figura del *amicus curiae* se rompe la vieja concepción de que el proceso del control difuso, por ser de naturaleza subjetiva, un proceso de partes, no pueda servir a la defensa del orden constitucional objetivo<sup>628</sup>.

---

<sup>625</sup> José Carlos BARBOSA MOREIRA, en un comentario al dispositivo, ha señalado: “La decisión del plenario, en un sentido u otro, es naturalmente vinculativa para el órgano fraccionario, en un caso concreto. Más exactamente, la solución dada a la prejudicial se incorpora en el juicio del recurso o de la causa, como premisa irrecusable” (*in comentarios ao código de processo civil, apud BARROSO, Luis Roberto, in Controle de constitucionalidade*, p. 86).

<sup>626</sup> Evidentemente, si el STF no hubiere dictado súmula vinculante con relación a la materia.

<sup>627</sup> Parece cierto que por la participación de otros interpretes cualificados en el proceso se intenta asegurar una interpretación lo más consensuada posible para evitar graves consecuencias políticas que suelen desprenderse de la anulación de leyes que, además de incidir sobre relación de derecho individual, poseen reflejos económico-financieros u organizacionales y sociales trascendentes. Con ello, no sólo se inserta en el modo de control difuso un elemento objetivo del control abstracto, ampliando la mezcla entre los modelos, sino que, también, se prestigia la competencia de los tribunales locales como los más cualificados por estar próximos de los hechos, especialmente cuando se cuide de leyes locales.

<sup>628</sup> La figura del *amicus curiae* mencionada en el texto ha sido prevista por la ley 9.868/99, además de la referida hipótesis, en el Art. 7º, en el Art. 9º, par.1º y 2º y 18, referentes a la Adin y ADC, y por la ley 9.882/99, Art. 6º, par. 1º, referente a la ADPF-Demanda de Incumplimiento del Precepto Fundamental. Esta participación de terceros en el proceso de control en general es una tendencia que se advierte en el sistema jurídico brasileño. El propio recurso extraordinario, de acuerdo con las nuevas reglas impuestas por la ley

El plenario del tribunal sólo podrá conocer la materia constitucional en aquello que fue admitido por el órgano fraccionario, siéndole vedado enjuiciar sobre la parte juzgada inadmisibile o rechazada por la Turma o Cámara, so pena de invasión competencial. La inconstitucionalidad sólo será declarada si alcanzada la mayoría absoluta de votos, al menos en relación a uno de los varios fundamentos invocados. De no alcanzarse el *quorum* exigido, la norma sigue siendo constitucional.

Esa decisión del plenario, siendo incidental, también no es recurrible<sup>629</sup> y vincula el órgano fraccionario en el caso concreto, incorporándose al juicio del recurso o de la causa, como premisa irrecusable. Publicada la sentencia, se reinicia el juicio de la cuestión concreta ante el órgano fraccionario. La decisión que da pie a recurso extraordinario no es la del plenario, pero sí la del órgano fraccionario<sup>630</sup>.

Debe dejarse apuntado, todavía, que la cuestión de constitucionalidad puede surgir por la primera vez en el ámbito de los tribunales, durante el juicio, incluso pudiendo ser planteada de oficio por cualquiera de sus miembros. En el ámbito del STF, por ejemplo, conforme dispone su Regimiento Interno, la inconstitucionalidad demandada en cualquier proceso debe ser juzgada por el Plenario, tras oído el Procurador-General<sup>631</sup>.

## **6) Efectos: la declaración de suspensión de ejecución, por el Senado Federal, de ley declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal**

En la vía del control difuso la decisión de inconstitucionalidad proferida en procedimiento *incidenter tantum*, en cuestión prejudicial de mérito, hace cosa juzgada entre las partes. Así, independientemente del juez o tribunal que la haya proferido, la ley o el acto normativo continuará en vigor, plenamente aplicable por todos, hasta que el Senado, por resolución, tras la decisión definitiva del STF, en sede de recurso extraordinario, suspenda su ejecución. (Art. 52, X, CF).

---

10.259/2001, autoriza al ponente a pedir información adicional al Presidente de la Turma Recursal o al Coordinador de Turma de Uniformización, pudiendo también oír el Ministerio Público en el plazo de cinco días. Como asienta Gilmar Ferreira MENDES, la ley “alejándose de una perspectiva estrictamente subjetiva”, presenta un avance en la concepción obsoleta que caracteriza el recurso extraordinario entre nosotros; este instrumento deja de tener carácter marcadamente subjetivo o de defensa de intereses de las partes para asumir, de forma decisiva, la función de defensa de la orden constitucional objetiva”. (*Controle concentrado de constitucionalidade*, pp. 92-93).

<sup>629</sup> El Art. 482 del CPC dispone: “Remetida la copia de la sentencia a todos los jueces, el presidente del tribunal designará la sesión de juicio”. Y la súmula 293-STF prescribe: “No son admisibles embargos infringentes contra decisión en materia constitucional sometida al plenario de los tribunales”.

<sup>630</sup> “La decisión que permite la interposición de recurso extraordinario no es la del plenario, que resuelve el incidente de inconstitucionalidad, sino la del órgano (Cámara, Sección o Turmas) que completa el juicio del proceso”. (Sumula 513-STF).

<sup>631</sup> “Art. 176. Demandada la inconstitucionalidad de ley o acto normativo federal, estadual o municipal, en cualquier otro proceso sometido al Plenario, será esta juzgada en conformidad con lo dispuesto en los arts. 172 a 174, después de oído el Procurador-General. § 1º Hecha la argución en proceso de competencia de la Turma, y considerada relevante, será sometido al Plenario, independientemente de acordão, después de oído el Procurador-General. § 2º Asimismo procederán el Presidente del Tribunal y los de las Turmas, si la Inconstitucionalidad fuere alegada en proceso de su competencia”. En la Reclamación nº 595/SE, juzgada en 28.08.2002, Relator el Min. Sydney SANCHES, DJU 23.05.2003, el STF, al juzgarla procedente, anula el proceso de acción directa de inconstitucionalidad propuesta ante el Tribunal de Justicia del Estado de Sergipe, por falta de posibilidad jurídica del pedido, casando la medida cautelar concedida y, incidentalmente, declaró la inconstitucionalidad de las expresiones “Federal o da” constantes de la alinea “c” del inciso I del Art. 106 de la Constitución del Estado de Sergipe. De ahí que comunicó al Senado Federal, para los fines del Art. 52, X de la Constitución Federal, amén del Tribunal de Justicia de Sergipe. Es decir, el STF conoció por la primera vez la cuestión de inconstitucionalidad y la declaró, en este caso haciendo aplicación de su jurisprudencia vinculante.

Este mecanismo se explica, pues el modelo de control difuso adoptado en Brasil, aunque francamente inspirado en el modelo norteamericano, no contiene una regla de cierre que permita al Supremo Tribunal Federal imponer eficacia *erga omnes* y efecto vinculante de sus decisiones a todo el sistema jurídico como ocurre en Estados Unidos, donde está el instrumento del *stare decisis*. El efecto uniformizador y de fuerza de ley derivados de la interpretación de la máxima instancia judicial sólo podría alcanzarse por una decisión del Senado. Tal concepción parte de la noción existente en el derecho norteamericano de que el juez no anula ni revoca la ley inconstitucional, sino que simplemente le niega aplicación al caso concreto<sup>632</sup>.

Referida regla, que viene de la Constitución de 1934, no deja de revelar, en el fondo, una preocupación por salvar las relaciones políticas entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo, naturalmente conflictivas en tema de control de legitimidad de las leyes, dado que la posición del Supremo Tribunal Federal como intérprete último de la Constitución conlleva a una superioridad lógica en el sistema jurídico-constitucional<sup>633</sup>, que debía de ser contrarrestada con la adopción de referido mecanismo. Si por un lado la ley sufriría un duro golpe por parte del Poder Judicial –que no la aceptaba como válida en adelante<sup>634</sup>–, por otro lado señalaba claramente al poder judicante la necesidad de auto limitación connatural al principio de la separación y armonía de los poderes.

Ahora bien. Cabe preguntarse, ¿Cuál es la naturaleza de esa suspensión de ejecución por el Senado? ¿Se trataría de una función política o jurisdiccional? ¿Podría el Senado rehusar la suspensión? No hay consenso en la doctrina sobre ninguna de esas preguntas, algo que de por sí indica la inconveniencia en la manutención de un mecanismo tan antiguo como confuso y superado por los tiempos actuales, en que el modo de control concentrado tiene protagonismo creciente, donde se amplían las acciones procesales

---

<sup>632</sup> Al respecto dice Lúcio BITENCOURT: “En los Estados que adoptan la orientación americana, la declaración de inconstitucionalidad no tiene ese efecto revocatorio. El tribunal no anula, rescinde, cesa, destruye o revoca la ley, sino, apenas, le rehúsa fuerza formal, el carácter obligatorio y irrefutable que le es inherente, negándole aplicación a un caso concreto”. (Lucio Bitencourt, Carlos Alberto, ob. cit. p. 135). De hecho, la ley n° 221, de 20 de noviembre de 1894, en su artículo 13, par. 13, que explicita el sistema de control aprobado en el período republicano, a partir del Decreto 848/1890, dispuso: “Los jueces y tribunales apreciarán la validez de las leyes y reglamentos y dejarán de aplicar a los casos ocurientes las leyes manifiestamente inconstitucionales y los reglamentos manifiestamente incompatibles con las leyes o con la Constitución”. (Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle concentrado de constitucionalidad*, p. 37).

<sup>633</sup> Tal superioridad lógica es precisamente la que llevara a Kelsen a concebir la función del Tribunal Constitucional, en el control de constitucionalidad, como de legislador negativo, ya que se trataría de un juicio sobre normas, no sobre hechos, cuya sentencia de estimación implicaba en derogación de la norma y tendría naturaleza constitutiva con efectos *ex nunc*. Parece ser que, con tal argumento, situando el Tribunal Constitucional como función típica del Poder Legislativo y concibiendo la ley inconstitucional como anulable, no nula, Kelsen abriría la mano de la fuerza retroactiva propia de la sentencia judicial y justificaba el otorgamiento de efectos *erga omnes* a la sentencia. Sin embargo, como veremos, las reformas constitucionales de 1929 en Austria, pronto relativizaban la noción de legislador negativo. El sistema brasileño, como visto, al exigir la intervención del Senado para la suspensión de ejecución de la norma, con efectos *ex nunc*, consagra un reparto de competencias entre el poder judicial y el órgano del poder legislativo, quizá sólo por una estrategia política.

<sup>634</sup> Evocando la lección de Ruy Barbosa, señala Lucio BITENCOURT: “Verdad – ha dicho Ruy- que aunque la ley no hubiera sido expresamente revocada, recibió un golpe mortal, y desde entonces se considerará inexequible, en la expectativa de que su aplicación no obtendría más el concurso de la justicia. Ciertamente es que, de esta manera, indirectamente, se viene a operar la anulación. Pero precisamente en el indirecto de la acción atribuida a los tribunales sobre la existencia de las leyes es que reside, en la opinión unánime de los autores, el medio, tan natural como profundo y eficaz, de no reducir el Poder Judicial a una situación de rivalidad, antagonismo y conflicto con el Poder Legislativo, asistiendo a un privilegio de casar los actos del otro”. (Ob. cit. p. 135).

directas, la legitimación y la eficacia *erga omnes* y efecto vinculante de las decisiones en control concentrado.

Algunos opinan que la suspensión es una cuestión estrictamente política<sup>635</sup>, lo que implicaría que el Senado tendría plena libertad para, a su juicio, proceder o no la suspensión, ya que la revocación de la ley es una actividad propia del Poder Legislativo y no del Poder Judicial. En el otro extremo están los que piensan que la decisión del Senado posee carácter simplemente administrativo, secundario, de ejecución y vinculado<sup>636</sup> a la declaración del STF, simplemente destinado a hacerla pública<sup>637</sup>.

En una posición intermediaria otros autores entienden que al Senado no le cabría más que verificar las condiciones de objetividad de la decisión, como por ejemplo, si ella ha obedecido al proceso constitucionalmente previsto, el respecto al *quorum* de decisión y aspectos formales del juzgado, etc<sup>638</sup>.

Aquellos que niegan que se trate de un acto vinculado, señalan la superfluidad de la disposición<sup>639</sup> que convierte el Senado en portero de los auditorios para solemnizar la decisión del Tribunal Supremo. Y es cierto que, recientemente, el Senado, atendiendo el parecer del Senador Amir Lando, se negó a suspender la eficacia de la legislación sobre el “Finsocial”, declarada inconstitucional por el STF en el Recurso Extraordinario n° 150.764-1, al fundamento de que la suspensión de eficacia de los artículos impugnados, operando *erga omnes*, traería “una profunda repercusión en la vida económica del país, notadamente en momento de acentuada crisis del Tesoro Nacional y de congregación de esfuerzos en el sentido de recuperación de la economía nacional”<sup>640</sup>.

Pensamos que la respuesta a tales indagaciones está relacionada con una cuestión central, que es la de la previa definición de la naturaleza del acto inconstitucional, pues, si se concede, por ejemplo, que todo acto inconstitucional es un acto nulo, que no genera ningún efecto y si, por ende, la sentencia simplemente declara *a posteriori* sus

---

<sup>635</sup> Esta sería la posición de Josaphat Marinho in Revista de informações legislativas n° 2, p. 12, *apud* Ronaldo POLETTI, in *Controle da constitucionalidade das leis*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000, p. 154.

<sup>636</sup> Por ejemplo, Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO sostiene: “Esa suspensión no se expone al criterio del Senado, pero le es impuesta como obligatoria. Quiere decir, el Senado, a la vista de la decisión del Supremo Tribunal Federal, tiene de efectuar la suspensión de la ejecución del acto inconstitucional. De lo contrario, el Senado tendría el poder de convalidar un acto inconstitucional, manteniéndolo eficaz, lo que repugna a nuestro sistema jurídico” (*Curso de direito constitucional*, 18ª ed., Saraiva, São Paulo, 1990, p. 35).

<sup>637</sup> Dice Lucio BITENCOURT: “El acto del Senado, sin embargo, no es optativo, pero debe ser bajado siempre que se verifique la hipótesis prevista en la Constitución: decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal”. Si el Senado no actúa ni por ello quedara afectada la eficacia de la decisión... El objetivo del art. 45, n° IV de la Constitución nos es más que hacer pública la decisión del tribunal, llevándola al conocimiento de todos los ciudadanos”. (Ob. cit. p. 145).

<sup>638</sup> En esta línea están el Ministro Pedro Chaves, Alfredo Buzaid y Celso Ribeiro Bastos (cfr. Ronaldo POLETTI, ob. cit. p. 154). Celso BASTOS sostiene: “El Senado, en estas condiciones, ejerciendo una función propia del Legislativo, no puede hurtarse a la suspensión de la ley declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal desde que hayan sido verificados los requisitos para ellos”. (*Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, São Paulo, 1995, v. 4, T. I, p. 179).

<sup>639</sup> En este grupo estarían Aliomar Baleeiro, Victor Nunes Leal, Golçalves de Oliveira y Luiz Galotti. (Ídem. p. 155). El ex Ministro del STF, Paulo BROSSARD, con apoyo de las lecciones de los autores referidos, apunta que “no hay reglas escritas al respecto y no hay por qué escribirlas. Conviene dejar el problema a la presumida sabiduría y censo de responsabilidad de la Cámara de los Estados”. Entre los más actuales, está Clemerson CLEVE quien, ya en la vigencia de la Carta de 1988, también considera ser una actividad discrecional, de naturaleza política del Senado, que dispondría de una competencia genérica y no de un deber constitucionalmente determinado de actuar”. (*A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, RT., São Paulo, 1995, p. 95).

<sup>640</sup> (Cfr. VELOSO, Zeno, ob. cit. p. 57).

efectos *ex tunc*, independientemente del modo de control empleado, no tendría ningún sentido la regla que impone al Senado Federal la suspensión de ejecución de un acto incapaz de generar cualquier consecuencia jurídica. Pero, si se considera la diferencia entre los modos del control y se acepta que el acto inconstitucional puede ser también anulable, la idea de la resolución del Senado empieza a tener algún sentido<sup>641</sup>.

En realidad, la tesis de la nulidad absoluta *ex tunc* del acto inconstitucional, que por plantear muchos problemas en el derecho público ha sido excluido en diversos ordenamientos constitucionales<sup>642</sup>, incluso en el nuestro, haría inexplicable la regla constitucional que confiere al Senado Federal la “competencia privativa” para “suspender la ejecución, en el todo o en parte, de ley declarada inconstitucional por decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal”. Parece evidente que la resolución suspensiva del Senado se hace necesaria para la pérdida de eficacia general de la norma declarada inconstitucional por la Corte Suprema y, por tanto, si no hay referido acto del Senado, la ley continúa válida y aplicable, algo que sólo puede predicarse de ley no nula<sup>643</sup>, aunque no eficaz para el caso concreto en la relación jurídico-procesal enjuiciada.

Nos fijamos, pues, en la premisa de que la decisión de inconstitucionalidad de normas por el STF en referida vía de jurisdicción ordinaria no genera la nulidad absoluta de la norma, pero solo su ineficacia para regir el caso concreto; por ello mismo que tiene efectos *ex tunc* respecto a la relación jurídica procesal y efecto *ex nunc* a partir de la resolución del Senado. Se trata de una sentencia no solamente declaratoria, sino también constitutiva negativa, que se completa con la intervención de otro órgano, de naturaleza política, a partir de la que la norma declarada inconstitucional pierde su eficacia general, es decir la decisión adquiere eficacia *erga omnes*.

Así que, se trata de un acto complejo, es decir, una decisión de un Tribunal en el que hay participación obligatoria de un órgano de naturaleza política, que sin embargo

---

<sup>641</sup> Parece no carecer de mayores explicaciones el hecho de que el surgimiento histórico del control concreto en el modelo norteamericano, al contrario de la noción de control abstracto, remetía la cuestión de constitucionalidad al juez como una simple cuestión judicial en que la norma constitucional desplazaba las demás normas con ella conflictantes. La ley o acto inconstitucional era absolutamente nulo. En el método de control concentrado abstracto, como se sabe, la idea de solución de conflictos entre personas ya no es relevante o primordial; en este método lo que preside es la idea de defensa de la Constitución, de la orden constitucional en que interfieren otros factores que van a justificar mecanismos diferenciados de atribución de efectos a la sentencia.

<sup>642</sup> Cabe mencionar que el propio Kelsen consideraba anulable el acto inconstitucional y, por su influencia directa, la Constitución austriaca de 1920, donde se prevé sólo el control abstracto, ha considerado que los efectos fluyen a partir de la sentencia, es decir, *ex nunc*, aunque la Corte puede deliberar de manera diversa y hasta fijar que la resolución tenga efectos sólo a partir de cierta fecha que no podrá ser superior a un año. (Cfr. art. 140, I y 2, de la Constitución). En Alemania, pese a que el párrafo 79 de la LOTC sólo atenúa las consecuencias de la declaración de nulidad en relación a las decisiones y respectivas decisiones ya implementadas cuando basadas en la norma declarada nula, el Tribunal Constitucional Federal viene adoptando modalidades diversas, modulando los efectos de las sentencias en casos específicos, con declaraciones de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad y el apelo al legislador (ley todavía constitucional). En España, también, el TC pasó a diferenciar el momento en que habría de ser considerada la nulidad de la norma así declarada para evitar vacíos jurídicos (SSTC 45/89; 96/96; 195/98; 208/99; 235/99, y todo ello a despecho de lo que previsto en el artículo 39.1 LOTC: “Cuando la Sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia”. (Cfr. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ *et al*, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 2ª ed., MacGrawHill, Madrid, 2000, p. 90).

<sup>643</sup> De hecho es el que ocurre en la práctica cuando el Senado, mismo después de la decisión del STF que declara la inconstitucionalidad de la ley, omite cualquier pronunciamiento. Se da una esdrújula situación de una ley inconstitucional que, sin embargo, no puede ser rehusada por nadie mientras el Senado no la diga inválida.

no sustrae la naturaleza jurisdiccional de la primera decisión. Aunque el Senado Federal intervenga sólo en la etapa complementaria, ***la decisión es una, y deriva de un único proceso judicial***, adoptada por el único tribunal constitucionalmente competente para enjuiciar, ***en carácter definitivo, y decretar la inconstitucionalidad de la norma***.

Es del ejercicio conjugado de la competencia del STF, para declarar la ley inconstitucional y del la competencia del Senado Federal, para suspender su ejecución que materializa la complejidad del acto, a partir del cual la norma deja el mundo jurídico<sup>644</sup>. La participación de ambos es necesaria y su naturaleza de la decisión sigue siendo la de una resolución o sentencia judicial, basada en los mismos razonamientos jurídico-constitucionales<sup>645</sup>.

Por otro lado, la materia no se encuadra en las competencias típicamente políticas del Senado Federal<sup>646</sup>, ni siquiera puede justificarla el argumento de que a él compete revocar las leyes, porque, primero, esto no es de su competencia exclusiva y, segundo, porque no se trata de revocación, ya que la ley declarada inconstitucional sigue existiendo, pero suspendida su ejecución<sup>647</sup>, cosa que no sería posible si hubiera sido revocada. Luego, si la resolución del Senado no revoca la ley, la naturaleza de esa resolución no es legislativa y si jurisdiccional.

Así que, la actividad del Senado, siendo igualmente jurisdiccional, pero limitada la cuestión de los efectos *erga omnes*, habrá de contener un único juicio: aplicar o no la eficacia erga omnes a la sentencia y, por tanto, habrá de disponer de un margen de apreciación sobre las consecuencias políticas y sociales que ello conllevaría en el caso concreto. No admitir que un órgano típicamente político e investido de función jurisdiccional pueda evaluar las consecuencias políticas de tal resolución es sustraer la esencia de la finalidad práctica del control de constitucionalidad y de la propia función social del derecho.

Ahora bien, la gran cuestión es que el Senado no está sometido a cualquier plazo para la suspensión, tampoco incurriendo en cualquier tipo de sanción en caso de omisión, hecho que le convierte en el juez único de la conveniencia y oportunidad de adoptar o no la decisión. Y muchas decisiones definitivas de la Corte Suprema que le han sido comunicadas, algunas tomadas ya hace décadas, sin que las respectivas leyes

---

<sup>644</sup> La analogía con el control abstracto es irrecusable aquí. El tema afecto al Senado es relativo a la eficacia *erga omnes* de la decisión del STF y, pese al hecho de que la Constitución habla en “suspensión de ejecución”, se trata de suspensión de la eficacia de la ley, visto que sólo una ley eficaz puede ser ejecutada. Entonces, mientras en la acción directa la ley declarada inconstitucional es expulsada del ordenamiento por la propia decisión del STF, en el control difuso el efecto *erga omnes* sólo opera tras la resolución del Senado.

<sup>645</sup> Parece evidente que el Senado no podrá rediscutir la cuestión, reanalizar los razonamientos del STF, pues no dispone de competencia para ello; tampoco podrá ampliar o restringir la parte dispositiva de la sentencia (acórdao). El texto del art. 52, X, de la Constitución, al mencionar que el Senado podrá suspender “en el todo o en parte, la ley declarada inconstitucional” evidentemente se refiere al supuesto de que el STF haya declarado parte de la ley inconstitucional, no que el Senado pueda acotar el ámbito de la decisión.

<sup>646</sup> En nuestro sistema bicameral el Senado Federal, como órgano legislativo, integra el Congreso Nacional con la Cámara de los Diputados y sólo en esta condición puede, por medio del proceso legislativo ordinario (art. 59 y siguientes de la Constitución), encaminar a trámite proyectos de ley destinados a revocar otras leyes.

<sup>647</sup> El artículo 52, X, de la CF prescribe: “Compete privativamente al Senado Federal” (...) “suspender la ejecución, en el todo o en parte, de ley declarada inconstitucional por decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal”. Conforme el texto, no se habla – ni podría – de revocación, ya que no hay en nuestro sistema jurídico revocación de ley por decisión judicial, concepto típico de la actividad legislativa, tampoco anulación de ley por decisión legislativa. Suspensión de la ejecución de la ley, por tanto, es expresión *sui generis* encontrada por el constituyente como más próxima, al nuestro ver, de la función jurisdiccional del Senado.

declaradas inconstitucionales hayan sido suspendidas. Tampoco compete a él restringir o ampliar la extensión del juzgado proferido por la Excelsa Corte, o revocar un acto anterior de suspensión.

De ahí la inconveniencia de mantenerse en el sistema jurídico un mecanismo de control de constitucionalidad altamente deficiente, que al fin y al cabo permite la superposición de un órgano estrictamente político sobre una decisión de carácter jurisdiccional proferida por el máximo órgano del Poder Judicial, generando incertidumbre social sobre si la norma declarada inconstitucional puede, o no, seguir produciendo efectos jurídicos.

Una última cuestión que todavía nos ocupa. Considerando que el objeto de control en la vía incidental abarca no sólo las leyes formales y materiales, sino también de todo acto normativo federal, estatal o municipal, la cuestión que se plantea es si el Senado Federal es competente también para la suspensión de acto normativo declarado inconstitucional.

El problema, que ya suscitaba amplias controversias en el derecho anterior<sup>648</sup>, surge ahora exactamente igual ante la letra del artículo 52, X, de la Constitución Federal que sólo menciona la *ley*, *verbis*: “Compete privativamente al Senado Federal: (...), X-suspender la ejecución, en el todo o en parte, de ley declarada inconstitucional por decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal”, lo que, en una interpretación literal, alejaría los innumerables actos normativos, como reglamentos, decretos, resoluciones, pedidos, pareceres etc., declarados inconstitucionales, desde de la Unión, de los Estados y de los Municipios y de otros órganos públicos autónomos.

Sobre el tema, el STF, en el ámbito de su Comisión de Regimiento Interno, acogiendo el parecer del Ministro Moreira Alves, consideró, en una interpretación histórica y lógico-sistemática del texto de la Enmienda Constitucional 1/69 a la Constitución anterior que sólo la ley y el decreto son pasibles de suspensión de ejecución por el Senado.

Se ha partido de la premisa de que la Constitución trataba de ley en sentido formal y material, pero no de todas las especies de actos normativos, a efectos de la suspensión de ejecución por el Senado<sup>649</sup>. Con ello, sí operaba una diferencia de trato en la

---

<sup>648</sup> La cuestión era si la suspensión de la ejecución alcanzaba las resoluciones, instrucciones y portarías, ya que para la verificación en abstracto de la constitucionalidad la Constitución de 1967/69 refería a “ley o acto normativo federal o estatal (art. 119, I, letra “L”), bien así el Regimiento Interno del STF menciona “ley o acto normativo federal (arts. 176 y 178). Sin embargo, era cierto que la propia Constitución, al prescribir en el artículo 42, VII, que “compete privativamente al Senado Federal: (...); VII-suspender la ejecución, en el todo o en parte, de ley o decreto, declarados inconstitucionales por decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal;”, hacía clara distinción en relación a los dos distintos modos de control de constitucionalidad – por medio de representación directa del Procurador-General de la República y, por otro lado, en la vía del control difuso -. Quedaba claro, por la simple lectura del texto, que la suspensión de ejecución atribuida al Senado sólo sería aplicable al control incidental y difuso y no abarcaba a otros actos normativos diferentes de la ley o decreto.

<sup>649</sup> Para el Ministro MOREIRA ALVES el término ley cubre cualquiera de las modalidades de norma jurídica entonces previstas en el artículo 46 de la anterior Constitución, incluso las resoluciones de los Tribunales de Justicia sobre organización y división judiciales, que son leyes en sentido material. Pero, el artículo 42, VII, de la EC 01/69 no abarca “actos normativos de autoridades federales o estaduais”, pues la propia Constitución hizo distinción entre ley, por un lado, y actos normativos que no se configuren como ley en sentido formal o material. La interpretación sistemática del artículo 174 y 180 del Regimiento Interno del STF corrobora la conclusión. Mientras el primero alude al “examen de ley o acto normativo federal o estadual para que esto declare a su inconstitucionalidad” el artículo 180 acentúa que la sentencia sólo será enviada al Presidente del Senado Federal, en el caso del artículo 42, VII, de la Constitución, referencia evidentemente restrictiva, cuyo objeto es dispensar la comunicación en la hipótesis de tratarse de declaración de inconstitucionalidad en abstracto. A ese parecer, el Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE opuso la

declaración de inconstitucionalidad conforme la vía del control: si el acto normativo (reglamentos, resolución, parecer etc.) fuera declarado inconstitucional por el STF en el control abstracto, la eficacia sería inmediata y *erga omnes*, pero, si es declarado en el control difuso, en recurso extraordinario, no alcanzaría jamás tal eficacia contra todos, pues el Senado no sería comunicado para proceder a la suspensión de ejecución.

---

siguiente observación: “Concuero con la primera de las conclusiones del Sr. Ministro MOREIRA ALVES (fls. 28), relativa a lo que debe entenderse por ley, para efecto cuestionado en esto proceso. Con relación, con todo, a la segunda de las conclusiones del Eminente Ministro, mi entendimiento se aproxima a aquello propugnado por la Comisión de Constitución y Justicia del Senado Federal. Por regla, compete al Presidente de la República – y, por simetría, a los Gobernadores de los Estados – expedir decretos y reglamentos para la fiel ejecución de las leyes. Hay casos, empero, cada día más numerosos, en que la propia ley transfiere el poder reglamentar del Jefe del Ejecutivo para otros órganos de la Administración – v.g. Consejo de Política Aduanera, Consejo Monetario Nacional, el propio Instituto del Azúcar y del Alcohol, etc- y estos lo ejercitan mediante actos normativos de diferentes denominaciones, de que decretos hacen las veces. En tales casos, entiendo abarcable la suspensión de la ejecución del acto, y necesaria, para ese fin, la comunicación al Senado. La observación fue aceptada por la Comisión. (Cfr. POLETTI, Ronaldo, ob. cit. pp. 157-158).



## Capítulo VII

### Acciones Procesales: La Acción Directa de Inconstitucionalidad

#### Introducción

La Constitución de 1988 consagra, al lado del control difuso, el control concentrado, consubstanciado en la jurisdicción otorgada al Supremo Tribunal Federal para las acciones directas de inconstitucionalidad genéricas, o de control abstracto, cuando sean impugnadas leyes o actos normativos federales o estatales por ofensa a la Constitución Federal. Además de ese *sistema de control concentrado general* - en el que se incluye también las acciones de intervención de la Unión en los Estados miembros-, conforme ya se ha mencionado, la Constitución autoriza a los *Estados miembros* a instituir su propio *sistema de control sobre leyes y actos normativos estatales y municipales frente a la Constitución del Estado*, atribuyendo la competencia a los Tribunales de Justicia.

*La acción<sup>650</sup> directa de inconstitucionalidad* es el principal instrumento de control de constitucionalidad en el modo concentrado, gracias a la ampliación de los legitimados que ha hecho la vigente Constitución, tal como se examinará adelante. Su previsión es expresa en el texto de la Constitución de 1988 que prescribe: “Art.102. Compete al Supremo Tribunal Federal, principalmente, la guarda de la Constitución, cabiéndole: I- procesar y juzgar, originariamente: a) la acción directa de inconstitucionalidad de ley o acto normativo federal o estadual y la acción declaratoria de constitucionalidad de ley o acto normativo federal (redacción dada por la Enmienda Constitucional n° 3, de 1993).

Su proceso deviene regulado en la ley n° 9.868, de 11 de noviembre de 1999, que también regula el proceso y juicio de la acción declaratoria de constitucionalidad, innovación traída por la Enmienda Constitucional n° 03, de 1993 y sobre la que hablaremos en otro apartado.

Antes de examinar cuáles son las especies de normas del ordenamiento jurídico brasileño admitidas al control de constitucionalidad por esa vía<sup>651</sup> es necesario ver cuales

---

<sup>650</sup> Para la doctrina procesal dominante en Brasil, la acción se caracteriza como una situación jurídica de la que disfruta el autor ante el Estado, sea ella un derecho (derecho público subjetivo) o un poder. En esta concepción la acción es dirigida apenas al Estado, aunque, una vez apreciada por el juez va tener efectos en la esfera jurídica de otra persona: el condenado o ejecutado. Siendo un derecho (o poder) de naturaleza pública, que tiene por contenido el derecho al ejercicio de la jurisdicción (existiendo, por lo tanto, antes del proceso) la acción tiene innegable naturaleza constitucional (art. 5º, XXXV, CF). (Cfr. Cintra, Antonio Carlos de Araujo, *et al*, ob. cit. p.255). El término acción directa de inconstitucionalidad, y no recurso de inconstitucionalidad como se llama en España, por ejemplo, es el utilizado en nuestro país, siguiendo la doctrina procesal civil tradicional que erigía la acción como categoría central del objeto del proceso. Al respecto Jaime GUASP, para quien el verdadero objeto del proceso es la pretensión, sostiene: “El derecho a acudir ante los tribunales, ya sea concreto o abstracto, frente al particular o frente al Estado, no es, evidentemente, un derecho de naturaleza procesal, sino un supuesto del proceso, que permanece fuera de él, y que acantona, bien en el terreno civil, bien en el terreno político, quizá en ambos, sin poder, por ello, funcionar como clave explicativa de las cuestiones de orden procesal estricto”. (GUASP, Jaime y Aragoneses, Pedro, *Derecho procesal civil, Tomo I: Introducción y parte general*, 7ª ed., Thompson Civitas, Navarra, 2005, p. 263).

<sup>651</sup> En nuestro sistema de control de constitucionalidad en abstracto no hay una especificación de las normas objeto de control, tal como ocurre en otros ordenamientos, como es el caso de España, cuya Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LO 2/79) lo hace en el artículo 27.2. La Constitución Federal, en su artículo 102, I, letra a, se limitó a mencionar “ley o acto normativo federal o estadual”, como objeto de la acción directa de inconstitucionalidad, y “ley o acto normativo federal” como objeto de la acción declaratoria de

son los conceptos que se tiene acerca de *ley y acto normativo* como categorías para este efecto, según la doctrina<sup>652</sup> del Supremo Tribunal Federal.

### 1) La caracterización del objeto: la exigencia de enfrentamiento directo

La acción directa de inconstitucionalidad (Adin) tiene como objeto la alegada inconstitucionalidad de *leyes o actos normativos federal o estadual*<sup>653</sup> sin otro objetivo sino el de expulsar<sup>654</sup> del orden jurídico la incompatibilidad vertical; es acción que tiene por fin exclusivamente la defensa del principio de la supremacía constitucional (Art. 102, I, “a”, CF).

A efectos del control de constitucionalidad en la vía directa, la Constitución, al describir el objeto con los términos “ley o acto normativo federal o estadual”, se refiere a dos cosas ontológicamente distintas: la ley como género, dada su posición preeminente en el sistema de fuentes y, por otra parte, los actos normativos federal o estatal, como figuras equiparadas a la ley en cuanto a su capacidad de innovar y de resistir a innovación, atributos que antes pertenecían en exclusiva a la ley, pero que ahora son compartidos con esta especie normativa.

La naturaleza excepcional del control jurisdiccional de control de constitucionalidad recomienda postura rigurosa en la determinación del objeto, que debe pertenecer a las categorías ley o acto normativo<sup>655</sup>, federal o estadual, y presentar un *enfrentamiento directo con el texto constitucional*. Es decir, se exige que la ley o el acto normativo produzca, directamente, enfrentamiento con la Constitución sin la intermediación de otra norma infra-constitucional, para que se instaure efectivamente un conflicto jerárquico de naturaleza constitucional<sup>656</sup>.

---

constitucionalidad, modalidad distinta sobre que la hablaremos en otro apartado. Tampoco la ley n° 9.868, de 11 de noviembre de 1999, lo ha hecho.

<sup>652</sup> En Brasil usamos el término doctrina sólo para referirnos al trabajo de los juristas; no lo hacemos, como en España, para hablar de las lecciones de los tribunales. Hablamos de jurisprudencia siempre que invocamos algo dicho por un Tribunal, aunque se sepa que, del punto de vista técnico, no todo lo que dice un Tribunal deba ser así considerado.

<sup>653</sup> Por supuesto, objeto de la acción aquí si refiere a los comportamientos, los distintos productos jurídicos generados por el ordenamiento, capaces de ser controlados por este tipo de acción procesal. Cosa distinta, por otro lado, es el objeto sobre el que recae el pronunciamiento jurisdiccional de control, tema relacionado con la distinción entre disposición o texto y norma, sobre el que se hablará más adelante.

<sup>654</sup> Esta primera concepción, como se verá en su momento, tras la técnica de la interpretación conforme, debe ser entendida en términos, pues ni siempre el Tribunal, cuando declara una inconstitucionalidad, estará expulsando la norma del sistema jurídico, al menos no en el sentido tradicional que no distinguía la norma de su texto u enunciado, cosas que no son lo mismo.

<sup>655</sup> La definición de acto normativo es ofrecida por el STF a partir de la idea de generalidad y abstracción propia de las llamadas normas primarias, que innovan el ordenamiento jurídico, con fuerza activa y pasiva, no por el nombre o título que la misma posea. Por ejemplo, “portarias ministeriales, que se limitan a dar órdenes administrativas destinadas a determinado agente público, no se revisten de contenido normativo. Traducen meras determinaciones de servicio que no se elevan, para efecto de control abstracto de constitucionalidad, a la estatura de actos normativos”. (...) “Meros “consideranda”, que corresponden a la motivación del acto administrativo, no le integran el contenido ni se revisten de eficacia normativa. Eventuales vicios que se puedan verificar en los motivos del acto estatal no contagian las normas en él contenidas. El juicio de constitucionalidad no incide sobre los motivos subyacentes a la formulación del acto estatal”. (ADI 432, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 13.09.1991, p. 12488).

<sup>656</sup> Si la interpretación administrativa de la ley, que venga a consubstanciarse en decreto ejecutivo, apartarse del sentido y del contenido de la norma legal que el acto secundario pretendió reglamentar, bien porque se haya proyectado *ultra legem*, bien porque haya permanecido *citra legem*, bien, aún, porque haya investido *contra legem*, la cuestión caracterizará, siempre, la típica crisis de legalidad, y no de inconstitucionalidad, a

El Supremo Tribunal Federal (STF), en la vía del control abstracto, recusa examinar la constitucionalidad de *actos reglamentares* editados para ejecución de leyes, al fundamento de que, en este supuesto, hay una colisión entre la ley y el reglamento, no una colisión directa con la Constitución, tratándose, pues, de una cuestión de legalidad a ser examinada en el control incidental o concreto<sup>657</sup>. Sólo en la hipótesis de manifiesta ausencia de fundamento legal para expedición del acto (Art. 84, IV, CF) aquella Corte admite la evaluación de la constitucionalidad del reglamento en abstracto<sup>658</sup>.

Habiendo contrariedad, suele decirse que habría una de dos hipótesis: 1) o el acto administrativo está en desconformidad con la ley que le cabía reglamentar, lo que caracterizaría ilegalidad y no inconstitucionalidad; o 2) es la propia ley que está en desconformidad con la Constitución, situación en que ésta deberá ser objeto de impugnación<sup>659</sup>.

La doctrina de la *ofensa directa* ha suscitado dudas. Se argumenta que, aunque se reconozcan las dificultades que conlleva la admisión de control sobre todos reglamentos inconstitucionales y el aumento de la saturación del STF, lo cierto es que la Administración está sometida a los principios de la supremacía de la ley y de la reserva legal por mandamiento constitucional (Art. 5º, II, CF), como elementos fundamentales del Estado de Derecho, que exigen que el poder reglamentar del Ejecutivo sea ejercido apenas para la fiel ejecución de la ley (Art. 84, IV, CF). De ello resulta que, si el reglamento vulnera la ley, tal ilegalidad equivaldrá a una inconstitucionalidad, por entrañar ofensa al principio de la reserva legal.

Para cierto sector de la doctrina brasileña, cualquier reglamento que deje de respetar los límites de la ley es inconstitucional. Y pese la variedad de fundamentación<sup>660</sup>, todo se reconduciría a un principio de Derecho Constitucional objetivo que es expresado en el artículo 5º, II de la Constitución Federal: “nadie es obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa sino en virtud de ley”.

Sin embargo de la referida posición doctrinal, nos parece que la sumisión de actos normativos infra-constitucionales reglamentares a la jurisdicción de control abstracto ante la más alta Corte del País es no sólo una exageración, sino que presentaría una simplificación de la idea de inconstitucionalidad<sup>661</sup>.

---

prevenir, en consecuencia, la utilización del mecanismo procesal de la fiscalización normativa abstracta. - El eventual extrapolamiento, por el acto reglamentar, de los límites a que materialmente debe estar restringido podrá configurar insubordinación ejecutiva a los comandos de la ley. Aunque, a partir de ese vicio jurídico, se pueda vislumbrar, en un desdoblamiento ulterior, una potencial violación de la Carta Magna, aún así se estará frente a una situación de inconstitucionalidad refleja u oblicua, cuya apreciación no es posible en la sede jurisdiccional concentrada. (ADI 996 MC /DF DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR EN LA ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 06-05-1994).

<sup>657</sup> Representación 1.266, el. Min. Carlos Madeira, RTJ, 124:18 (53); Representación 1.492, Rel. Min. Octavio GALLOTTI, RTJ 127:80 e siguientes (*apud* MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 209-210).

<sup>658</sup> Cfr. Representación 1.133, Rel. Min. Aldir PASSARINHO, RTJ, 113:996 y Representación 1.266, RTJ, 124:18 (57), Min. Aldir Passarinho (*apud* MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 210).

<sup>659</sup> Conforme el STF, RDA, 183/132, 1991, RTJ 99/1362, 1982, RT 683/200, 1992.

<sup>660</sup> Gilmar Ferreira MENDES apunta los fundamentos de la doctrina: como la ofensa al principio de la división de poderes (es la posición de PONTES DE MIRANDA, in *Comentários a Constituição de 1967*, p. 316), la vulneración del principio de la legalidad en cuanto a “necesidad” de la ley en tema de restricción de derechos individuales (es la posición de Ruy CIRNE LIMA, in *Princípios de direito administrativo*, p. 37) (*Controle concentrado de constitucionalidade*, pp. 212-213).

<sup>661</sup> La simplificación consiste en admitir que toda ilegalidad sea reconducida a la inconstitucionalidad por el hecho de que la Constitución contiene el principio de la legalidad. Ello implicaría, al fin y al cabo, el

No se puede olvidar el *carácter extraordinario del control abstracto* y de la propia función de intérprete último – no único- que tiene el STF, el que le convierte en el guardia definitivo de la Constitución y, por supuesto, del fiscal de los límites de las potestades del propio Poder Judicial que, poseyendo competencias jurisdiccionales ordinarias fijadas por la Carta Magna, también merece la protección de aquel máximo intérprete.

Si fuera admisible equiparar, para efectos de control, un reglamento ilegal a una inconstitucionalidad, basado en el hecho de que la Constitución establece el principio de legalidad o de la reserva legal, difícilmente se podría excluir del control abstracto a los otros numerosos actos del poder público que están en el dominio de la jurisdicción ordinaria o administrativa<sup>662</sup>, y que, sin vulnerar directamente un precepto de la Constitución, permite al intérprete llegar a la misma conclusión de ofensa a principios tales como el de la separación de poderes, por ejemplo, cuyo parámetro funcionaría como una fuerza de atracción que significaría una absorción de competencias garantizadas por la Constitución a la jurisdicción de jueces y tribunales inferiores<sup>663</sup>.

### 1.1) La abstracción y generalidad del acto normativo

Al contrario de la ley formal – cuya fuerza activa y pasiva son características- en relación a los *actos normativos* se exige, a efectos de control de constitucionalidad, ciertas cualidades jurídicas que les diferencien de otros actos normativos no pasibles de este tipo de fiscalización. Se habla de la generalidad y abstracción, atributos propios de la noción de ley como acto del poder público como norma<sup>664</sup>, lo que Canotilho llama “intencionalidad normativa”<sup>665</sup>.

---

rebajamiento del parámetro constitucional al nivel de las relaciones sociales más elementales, llevando a la desaparición de la propia noción de ilegalidad; lo ilegal sería siempre inconstitucional, algo que conduciría a un monopolio del STF en la aplicación de la Constitución en detrimento de todos los demás jueces y tribunales. Es fácil concluir que, en una visión simplista como esta, correría serio riesgo la efectividad de las normas constitucionales.

<sup>662</sup> Cabe recordar que no tenemos en Brasil jurisdicción administrativa, como en España, por ejemplo. Los actos administrativos son objeto de control judicial ante la jurisdicción ordinaria.

<sup>663</sup> Además, la noción de Constitución abierta, suponiendo la necesidad de actualización dinámica de las normas constitucionales por la llamada “sociedad abierta de los intérpretes” (Haberle), hoy bastante prestigiosa por la gran mayoría de los autores, quedaría mermada con una jurisdicción tan invasiva del Tribunal Constitucional, sin que antes se pudiera fermentar la discusión de la materia y la aplicación de la Constitución – también realizándola- en el seno de otros órganos del Poder Judicial.

<sup>664</sup> Conforme CLÈVE, el sentido del significante no siempre es de fácil determinación, pero la locución del acto normativo, residente en el art. 102, I, letra a, de la CF, da siempre la idea de acto del poder público que comunica una norma (CLÈVE, Clèmerson Merlin, *A fiscalização abstracta da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª. Ed., RT., São Paulo, 2000, pp.188-189).

<sup>665</sup> CANOTILHO, reportándose a la perspectiva pragmática de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Portugués, apunta las dimensiones o elementos que podrán servir de arrimo para reconocer la existencia o no de un acto normativo susceptible de control, es decir, los que tienen una “intencionalidad normativa”. Serían ellos: a) la normatividad. Serían normativos los actos de “creación normativa” (aunque apenas actos modificativos o revocatorios de normas) en contraposición a los actos de “aplicación normativa”. b) la inmediatez de las normas y principios constitucionales como parámetro de control, por la cual, de modo positivo, hace reentrar en el concepto de norma los actos normativos que violen directamente la Constitución, y, de modo negativo, excluyendo del ámbito de control los actos normativos que sólo de forma indirecta ofenden las normas constitucionales. c) la heteronimia normativa, que sirve para comprobar si, en el caso concreto, existe un patrón de comportamiento heterónomamente determinado, esto es, dotado de vinculatividad no dependiente de la voluntad de los destinatarios. (CANOTILHO, JJ, Gomes, ob. cit. pp. 823-824).

El STF establece que solamente se muestran susceptibles de control abstracto actos normativos concebidos en el sentido material, o sea, revestidos del mínimo grado de **abstracción y generalidad**. Actos normativos en sentido formal, que tengan objeto o destinatario cierto, no importando la esfera de competencia de la cual provengan, sólo se someten a control de constitucionalidad judicial del tipo concreto (difuso)<sup>666</sup>.

El propio Kelsen sostenía que debe ser de la competencia de la jurisdicción constitucional el control abstracto de constitucionalidad de los simples **decretos reglamentares**; sin embargo, sólo recomendaba el control de aquellos actos que fuesen inmediatamente subordinados a la Constitución y, por considerar las dificultades de delimitación exacta de los contenidos de los decretos (normas generales) y decretos reglamentares, no llegaba a admitir el control de estos últimos, como actos individuales que son.

Decía el Maestro de la Escuela de Viena: “No presenta dificultades el control de constitucionalidad, por la jurisdicción constitucional, de los decretos que derogan las leyes, pues en la jerarquía de los hechos jurídicos tales decretos se encuentran en el mismo nivel de lo de las leyes, y a veces hasta son llamados de leyes o decretos con fuerza de ley. Pero sería el caso de atribuir igualmente a la jurisdicción constitucional el control de los simples decretos reglamentares... Si [a pesar de ello], proponemos extender a ellos la competencia de la jurisdicción constitucional, no es tanto en consideración a la relatividad precedentemente señalada de la oposición entre constitucionalidad directa y constitucionalidad indirecta, sino en consideración al límite natural entre actos jurídicos generales y actos jurídicos individuales”<sup>667</sup>.

Al fin concluía: “...podemos recomendar someter al control de la jurisdicción constitucional apenas las normas generales que emanen exclusivamente de autoridades públicas, sean ellas de autoridades centrales o locales, autoridades estatales en el sentido estricto de la palabra, autoridades regionales o hasta municipales”<sup>668</sup>.

Según Kelsen, dos puntos de vista conflúan para determinar la competencia de la jurisdicción constitucional: por un lado, la noción pura de garantía de la Constitución, que llevaría a poner en su esfera el control de todos los actos administrativos inmediatamente subordinados a la Constitución, y solamente ellos; por otro, la oposición entre actos generales y actos individuales<sup>669</sup>, que llevaría a incluir en ella el control de las leyes y también los decretos. Dejando de lado todo y cualquier preconcepto doctrinal, es preciso combinar esos dos principios de acuerdo con las necesidades de la Constitución considerada<sup>670</sup>.

---

<sup>666</sup> BERNARDES, Juliano Taveira, ob. cit. pp. 175-176). En tal sentido, ADInMC 647/DF, rel. Min. MOREIRA ALVES, DJU de 27.3.1992, p. 3801.

<sup>667</sup> KELSEN, Hans, *Jurisdição constitucional*, Martins Fontes, trad. Alexandre Krug, São Paulo, 2003, p. 157.

<sup>668</sup> Ídem, p. 159.

<sup>669</sup> La opción de Kelsen por los actos jurídicos generales, excluyendo de la competencia de la jurisdicción constitucional los actos jurídicos individuales, se fundamenta en un carácter pragmático: el acto reglamentar, por su propia naturaleza, que es la de mera regulación de la ley no innovando el ordenamiento jurídico sino permitiendo su ejecución, debe permanecer sometido al control de la jurisdicción ordinaria. Las normas generales, entre las que se incluyen las leyes y los decretos con fuerza de ley (también aquellos que suele llamarse decretos autónomos, por supuesto) serían objeto del control concentrado de constitucionalidad. A un tiempo, la repartición de competencia para el control asegura la garantía a la Constitución, pues, mientras el Tribunal Constitucional controla la fuente principal y originaria del derecho – la ley-, la jurisdicción ordinaria controla la legitimidad del derecho infra-constitucional, con lo que se asegura racionalización en la actividad jurisdiccional.

<sup>670</sup> Ob. cit. p. 158.

Esta concepción material del acto normativo, como actos generales, es la adoptada entre nosotros. Y ello no sólo parece correcto desde el punto de vista técnico, sino que cobra sentido, sobre todo, cuando se está delante un sistema en que conviven los dos modos de control de constitucionalidad: el directo, abstracto o concentrado y el difuso, concreto e incidental, pues, de no exigirse del acto normativo ciertas características para que se someta al modo de control abstracto y concentrado, se tendría una confusión o superposición de jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional de control sobre un mismo acto o, lo que es peor, un vacío jurisdiccional por un eventual conflicto negativo.

Por otro lado, es cierto que la profusión de actos normativos individuales editados casi diariamente por los diversos órganos dotados de poder normativo en Brasil, generaría tal demanda que simplemente haría inviable la ya saturada jurisdicción de control de constitucionalidad por el Supremo Tribunal Federal.

Por ello, parece muy conveniente<sup>671</sup> la interpretación hecha por la Corte Suprema cuando, al tener en cuenta la característica de generalidad de la norma, dada su natural vocación para incidir sobre un número indeterminado de situaciones, delimita y restringe la vía extraordinaria de control abstracto de constitucionalidad<sup>672</sup>. Al optar conscientemente por los actos normativos generales - independientemente de que pertenezcan a un determinado tipo formal<sup>673</sup> - el STF da prioridad a un criterio material de

---

<sup>671</sup> Al hablarse de “conveniencia” aquí, téngase presente lo que dice CRISAFULLI a propósito de la elección de las fuentes: “1. Asumimos como punto de partida de este breve estudio una premisa pacíficamente compartida, en el actual estado de la ciencia jurídica. Esto es, que entre los numerosos y variados hechos normativos perceptibles, en sede de teoría general, en la dinámica de la experiencia jurídica, *solamente algunos*, a diferencia de otros, son cualificados, en sede histórico-positiva, como hechos normativos propiamente dichos; o sea, *fuentes* del Derecho (de este o aquel Derecho positivo), en el sentido más estricto y antonomástico de la expresión. Tales son, por ejemplo, para nuestro ordenamiento, la ley, y no el contrato; el reglamento de policía urbana del último municipio de Italia, y no el reglamento disciplinario de las Fuerzas Armadas; y ello, no por razones lógicas, inherentes a la estructura de los diversos actos normativos, sino simplemente porque así lo dispone, de una vez por todas, el ordenamiento, en base a una elección de naturaleza esencialmente política” (CRISAFULLI, Vezio, ob. cit. p. 1).

<sup>672</sup> En la ADInQO 1.673/AL, DJU 31.10.97, p. 55541, el rel. Ministro Sepúlveda PERTENCE, sostuvo: “No desconozco la densidad teórica, particularmente en la perspectiva kelseniana, de la tesis de la existencia de actos normativos individuales. De ella, en línea de principio, estoy convencido. No obstante, entiendo correcta la orientación del Tribunal cuando los excluye del control directo y abstracto de la constitucionalidad de normas, cuyo alcance reduce a los actos normativos generales. La eficacia de norma jurídica individual se agota, por definición, cuando incide sobre la conducta única que se regula: a su validez, por tanto, es un presupuesto de la licitud de esa única aplicación a que se destina y a propósito de ella puede ser cuestionada y judicialmente verificada, si fuera el caso para, juzgada ilegal o inconstitucional, impedir o deconstituir la totalidad de los efectos. Por tanto, dispone la orden procesal de los mecanismos ordinarios de control concreto de la legitimidad de los actos estatales, no explicándose el recurso a la vía extraordinaria del control abstracto. Este, visando a expurgar del ordenamiento jurídico el acto normativo incompatible con la Constitución, se reserva a las normas generales, que, en caso contrario, continuarían incidiendo sobre un número indeterminado de situaciones de hecho comprendidas en el su ámbito normativo. En otras palabras: la repetibilidad de la incidencia de la norma general es la que explica el control abstracto de su constitucionalidad y le delimita la esfera de legítima utilización.”

<sup>673</sup> CRISAFULLI, en análisis al sistema de fuentes del derecho italiano, concluye que, a veces, allí hay distinción *de fuentes* en relación a materias; otras veces, diferenciación *de contenidos normativos* en relación a materias. En la primera hipótesis, cada uno de los tipos generales de actos-fuentes según la tradicional clasificación se articula en subcategorías, diversas entre ellas en cuanto a la fuerza innovadora y a la resistencia a la derogación, pero normalmente no individualizables por signos formales (en el sentido de modalidad, taxativamente prescrito, de su exteriorización). Tanto en la primera hipótesis, como en la segunda, pero sobre todo en esta última, puede suceder, por tanto, que un mismo acto asuma una diversa fuerza según su múltiple y variado contenido regulativo (así *sobre quién* dispone, y de *qué* dispone y del *modo cómo* dispone). De manera que la pertenencia de un acto a un cierto tipo formal deviene, a esta altura, en un simple criterio preliminar, inidoneo para determinar con exactitud el grado de las singulares

control, pero, a consecuencia de ello, dirige clara protección a las fuentes de producción del derecho, en la medida que impide ataques directos y en larga escala al texto constitucional, dada la aptitud de referidos actos para crear, modificar o extinguir derechos en general.

Como consecuencia, al no intervenir en la jurisdicción de competencia originaria de los otros jueces y tribunales del país, asegura su propio funcionamiento y refuerza su imagen de guardia de las cuestiones verdaderamente constitucionales, como Tribunal Constitucional encargado, entre otras cosas, de la defensa del equilibrio entre los poderes.

Todo ello demuestra que el control abstracto o concentrado de constitucionalidad varía, en relación al objeto de control, de acuerdo con el ordenamiento constitucional de que se hable; y en Brasil, a diferencia de lo que ocurre en otros países<sup>674</sup>, la causa de la exclusión de los actos reglamentares radica en la existencia de un modo difuso de control de constitucionalidad, donde la sumisión de tal problema a la Corte Suprema no sólo no es necesaria cuanto no es posible puesto que, de acuerdo con la Constitución, al STF cumple garantizar el funcionamiento de todo el sistema jurídico y, por supuesto, asegurar las competencias de los demás tribunales.

## 1.2) La exclusión de la ley formal o acto de efecto concreto

De la exigencia de la generalidad y abstracción de la norma, que debe disciplinar relaciones *in abstracto*, el STF tiene excluido del control de constitucionalidad todo acto administrativo que tenga objeto determinado y destinatarios ciertos, aunque sean editados bajo forma de ley – leyes meramente formales-, los llamados actos de efecto concreto<sup>675</sup>.

---

disposiciones en él contenidas, y de las normas puestas por él, y a dar respuesta al problema, que se presenta cotidianamente al intérprete del Derecho, de cuál sea la norma validamente existente y validamente aplicable a las posibles circunstancias de la vida real. (CRISAFULLI, Vezio, *Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de las fuentes*, ReDCE, n° 1, Enero-Junio de 2004, 323-353).

<sup>674</sup> En Austria, por ejemplo (art. 139 de la Constitución), cfr. Gilmar Ferreira MENDES (Ídem, p. 215). De acuerdo con el autor, en Alemania el *Bundesverfassungsgericht* reconoció, desde muy temprano, la admisibilidad del control abstracto de acto reglamentar, procediendo a la indagación preliminar de si la norma reglamentar dispone de base legal y, en caso afirmativo, pasa a la fase siguiente relativa a la incompatibilidad de la norma con cualquier principio de la Ley Fundamental. Por tanto, en aquel Tribunal se indaga sobre la existencia de un fundamento legal para la edición del acto reglamentar y si el acto cuestionado se atiene a los límites establecidos en el acto legislativo (ULSAMER, *in* Maunz *et al.*, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar zu par. 76, n. 41, apud* MENDES, Gilmar Ferreira, ídem, p. 212). En Portugal, conforme CANOTILHO, el control de normas es extensivo a todos los actos jurídico-normativos vigentes en el orden jurídico, abarcando los actos normativos secundarios y terciarios, como reglamentos y resoluciones normativas. Y la calificación de norma no depende de su naturaleza, de su forma, de su fuente y de su jerarquía (CANOTILHO, JJ. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 821).

<sup>675</sup> La jurisprudencia del STF considera no admisible el manejo de la acción directa de inconstitucionalidad contra acto de efecto concreto (ADIn 647, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJU 27.03.1992, p. 3801; ADIn 842, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 14.05.1993, p. 9002; ADIn 767, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 18.06.1993, p. 12110. Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 171). Refiriéndose a la teoría de Kelsen, el Min. Sepúlveda PERTENCE, en la ADIn 2.535, DJU de 21.11.2003, procedió la distinción entre normas generales y normas de efecto concreto: la de carácter individual, cuando se vuelve individualmente obligatoria una conducta única; la de carácter general en la que una cierta conducta es universalmente puesta como debida. Dice: "...El carácter individual de una norma – explica el maestro de la Escuela de Viena- no depende de si la norma es dirigida a un ser humano individualmente determinado o a varias personas individualmente ciertas o a una categoría de hombre, o sea, a una mayoría no

Con tal restricción, se pueden excluir del control de constitucionalidad normas que son calificadas como leyes según el procedimiento constitucional, es decir, leyes regularmente editadas y provenientes del Parlamento pero que no posean las características de abstracción y generalidad<sup>676</sup>, conclusión que no parece compatible con el texto constitucional, ya que la Constitución, al mencionar expresamente la ley como objeto de control, no hace cualquier distinción con relación a contenido.

Al respecto ha criticado Gilmar Mendes esa doctrina del STF por entender que suscita alguna inseguridad, al alejar de control un sin número de leyes, como, por ejemplo, la ley de presupuestos, ley que instituye empresa pública, sociedad de economía mixta, autarquía y fundación pública. Parece procedente su argumento en el sentido de que “si la Constitución somete la ley al proceso de control abstracto, hasta por ser éste el medio propio de innovación en el orden jurídico y el instrumento adecuado de concretización del orden constitucional, no parece admisible que el intérprete debilite esa garantía de la Constitución, exentando un número elevado de actos aprobados so la forma de ley del control abstracto de normas y, muy probablemente, de cualquier forma de control. Es que muchos de esos actos, por no envolver situaciones subjetivas, difícilmente podrán ser sometidos a un control de legitimidad en el ámbito de la jurisdicción ordinaria”<sup>677</sup>.

De hecho, la reductora posición del STF no prestigia la efectividad en la fiscalización sobre las fuentes formales del ordenamiento jurídico, dimensión propia de la función de control de constitucionalidad que, al fin y al cabo, es un control de poder, quizá la principal misión de un Tribunal Constitucional<sup>678</sup>.

---

individual, pero apenas de ciertas personas de modo general. También puede tener carácter general una norma que fija como debida la conducta de una persona individualmente designada, no apenas una conducta única, individualmente determinada, es puesta como debida, pero una conducta de esa persona establecida en general. Así cuando, por ejemplo, por una norma moral válida – orden dirigida a sus hijos – un padre autorizado ordena a su hijo *Paul* ir a la Iglesia todos los domingos o no mentir. Esas normas generales son establecidas por la autoridad autorizada por la norma moral válida; para los destinatarios de las normas, son normas obligatorias, aunque ellas no vayan dirigidas a una persona individualmente determinada. Si por la autoridad para tanto autorizada por una norma moral válida es dirigido un mandamiento a una mayoría de sujetos individualmente determinados y apenas es impuesta una cierta conducta individualmente – como, por ventura, en el hecho de un padre que ordenó a sus hijos *Paul*, *Jugo* y *Friedrich* felicitaran a su profesor *Mayer* por su 50° cumpleaños, entonces hay tantas normas individuales como destinatarios de norma. Lo que es debido en una norma – u ordenado en un imperativo – es una conducta definida. Ésta puede ser una conducta única, individualmente cierta, conducta de una o de varias personas individualmente; puede, a su vez, de antemano, ser un número indeterminado de acciones u omisiones de una persona individualmente cierta o de una determinada categoría de persona. Esta es la decisiva distinción”. (Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, *O controle de constitucionalidade*, pp. 172-173).

<sup>676</sup> Pueden distinguirse las normas como abstractas y concretas conforme a su contenido, es decir, aquello que la norma declara obligatorio, prohibido o permitido (el hacer, no hacer, dar, no dar etc). Las abstractas son aquellas que no se refieren a acciones concretas, sino más bien a categorías de acciones: prestación de alimentos, falsificación de documentos, pago de impuestos, etc. Las normas concretas se refieren a acciones específicas y concretas. Normalmente suelen ser las sentencias las que tienen este carácter más concreto. Ya las normas generales y particulares son clasificadas así atendiendo a sus destinatarios. Las generales serían aquellas que tienen un destinatario universal, es decir, que no se dirigen a una persona en concreto, sino a categorías-tipo de personas, como pueden ser las categorías de padres, tutor, comprador, prestamista, etc. Las normas particulares, por el contrario, tienen un destinatario individual, en cuanto que se dirigen a una persona en concreto o a un grupo de personas perfectamente determinado e individualizado. (MARTÍNEZ ROLDAN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A., *Curso de teoría del derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999, pp. 121-122).

<sup>677</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle concentrado de constitucionalidade*, pp. 173-174.

<sup>678</sup> Aunque por otras formas un Tribunal Constitucional pueda manifestar más propiamente el control del poder, como v.g. por la función arbitral, la doctrina no deja de subrayar que, por la vía del control de normas, que es incluso la actividad preponderante en relación a la de solución de conflictos políticos, se llega a



La ley formal, como fuente de las demás especies normativas, sigue teniendo una virtualidad<sup>679</sup> muy acentuada en los sistemas jurídicos de derecho positivo<sup>680</sup>. Sin embargo, dado el surgimiento y la profusión de otras clases de normas con efectos similares o idénticos – lo que ha sido justificado como una de las necesidades del “derecho moderno”, en el mundo de las “urgencias” – el concepto de ley como fruto de la soberanía y de la aspiración popular, ha dejado de poseer en la realidad el significado de unidad para transformarse en un concepto amplio o genérico, como un compuesto fragmentario<sup>681</sup> de normas del mismo rango legal, aunque con características y funciones muy diferentes en el sistema jurídico<sup>682</sup>. Por ello, el sistema de control de constitucionalidad de las leyes coherentemente habría de incluir como su objeto no sólo las leyes formales típicas, sino también otras formas normativas equiparables a ellas.

Tradicionalmente en los sistemas de derecho positivo, características típicas de las leyes son: primero, su **fuerza**, como potencialidad reguladora de la norma legal, en sus aspectos **activo**: capacidad para derogar otras, y **pasivo**: por el que sólo pueden ser derogadas por normas con fuerza de ley y, segundo, su rango, como situación específica de

---

resultados idénticos. Siendo la ley, hoy, un instrumento y el medio casi preferido de gobernar, el control de las fuentes formales de la ley es el control de las potestades ejercidas por los diversos centros de poder. Cabe recordar que el propio *Marbury vs. Madison* ha sido un típico caso de control de normas en el que estuvo subyacente el intento de manutención o equilibrio entre poderes.

<sup>679</sup> El término virtualidad – que entre nosotros casi no es empleado en este sentido- aquí es utilizado como fuerza, capacidad, aptitud, tal como se dice en España.

<sup>680</sup> En Brasil, un Estado Democrático de Derecho (art. 1º, CF) el principio de la legalidad condiciona la validez de todos los actos del poder público (art. 37, CF) y se revela como un elemento fundamental de seguridad y garantía de la libertad del individuo. El art. 5º, II, de la Constitución proclama: “nadie será obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa sino en virtud de ley”. Y siempre se ha considerado, entre nosotros, que para proceder a cualquier restricción de derechos la Constitución exige ley formal, proveniente del Parlamento como el sitio de la soberana representación popular (art. 1º, par. Único, CF). En el derecho español se reconoce la ley como fuente superior en relación a las demás fuentes de Derecho, en correspondencia con el deseo explícito en la declaración de voluntad contenida el preámbulo constitucional.

<sup>681</sup> GARRORENA MORALES, A., describe esa fragmentación de la ley y sus causas en el constitucionalismo demo liberal de los últimos ochenta años que ha generado una multiplicación de tipos normativos, todos con condición y rango de ley, esto es, todos los cuales son leyes. Conforme el autor, una de esas transformaciones producidas es la apertura al Ejecutivo de la posibilidad de dictar – bajo ciertas condiciones- actos con fuerza de ley y la creciente emergencia de Estados con descentralización territorial, produciendo una dislocación del poder de dar la ley. “A ello hay que añadir en nuestros días la preferencia de muchos ordenamientos jurídicos por introducir frecuentes singularidades de procedimiento (leyes cualificadas, leyes atípicas...) dentro de ese bloque común que son las leyes de elaboración parlamentaria. En el caso español, ha sido precisamente la convergencia de estos tres ejes de fragmentación la que ha producido el barroco resultado que de todos es conocido: leyes ordinarias de Cortes (art. 66 ); leyes regionales de diecisiete parlamentos autonómicos (cuya potestad legislativa no habilita directa, sino indirectamente, la CE a través de los Estatutos de Autonomía); decretos leyes (art. 86); decretos legislativos (art. 82); también decretos legislativos de aquellos Gobiernos autonómicos que tienen atribuida esa facultad (y aun decretos-leyes regionales, en algún caso, sin base estatutaria); leyes orgánicas (art. 81); también leyes cualificadas por la exigencia de mayoría absoluta en ciertas Comunidades; leyes de armonización (art. 150.3), etc., expresan la diversidad de tipos legales en que ha quedado atomizada entre nosotros la vieja unidad de la ley” (*Fuentes de Derecho en Tems básicos de derecho constitucional, tomo I, Constitución, Estado constitucional y fuentes de desarrollo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 298).

<sup>682</sup> En ordenamientos jurídicos complejos como el nuestro, en que coexisten variados tipos de normas, con nombre propio, siendo ellos expresión de diferente potestad normativa, usualmente atribuida a un órgano distinto y con un propio *nomen iuris* (ley complementar, regimiento interno, medida provisoria, resoluciones, etc), al lado del principio de jerarquía-fuentes también el principio de competencia normativa es uno de los rectores del sistema de fuentes del Derecho. Conforme enseña Díez Picazo, “en sustancia, la competencia normativa consiste en acotar un ámbito material y encomendar su regulación a un determinado tipo de norma, de manera que los demás tipos de normas no pueden, en principio, incidir sobre dicha materia”. (Cfr. Díez-PICAZO, L. Mª, *Competencia. Fuentes*, en *Temas básicos de derecho constitucional, Tomo I, Constitución, estado constitucional y fuentes de desarrollo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 242).

la norma legal en la escala jurídica. En algunos países, como en España, por ejemplo, se garantiza expresamente en el texto constitucional, además del principio de legalidad, el principio de la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico<sup>683</sup>, cuyo reconocimiento constitucional, junto con el carácter formal de la ley, convierten esta característica en el elemento unificador del concepto de ley que utiliza la Constitución<sup>684</sup>.

En Brasil, aunque no expresamente, el principio de jerarquía normativa se deduce fácilmente como implícito al sistema (Art. 1º, I, Art. 5º “caput” y Art. 59, CF), y tanto cuanto en el derecho español, cobra expresión mientras se articula con los otros principios jurídicos que instrumentalizan y sirven a la promoción de los valores que propugna el Estado Democrático de Derecho. Quiere eso decir, sencillamente, que el escalonamiento del sistema jurídico es, al lado del principio de la competencia, factor de orden y seguridad en la medida que la unidad del ordenamiento que se quiere lograr sólo es posible cuando se impide el uso inadecuado de fuentes formales del derecho por parte de aquellos que tienen diferentes capacidades de normar.

Es a través de la articulación precisa entre jerarquía y competencia, por tanto, que se puede llegar a identificar la norma aplicable a las situaciones concretas y explicar la posición de cada acto en el ordenamiento jurídico según el ámbito material a que le esté asignado, explícita o implícitamente por la Constitución<sup>685</sup>.

Aunque es cierta, en la actualidad, la pérdida del significado de unidad de la ley, dada la fragmentación de este concepto, ahora compartido entre otros tipos de normas, el protagonismo del principio de la competencia no ha llegado a sustituir el principio de jerarquía ni la virtualidad del concepto de ley en sentido formal. Ambos siguen rigiendo el sistema de fuentes.

Por ello, nos parece que en el examen de capacidad del control por la vía abstracta no debe tenerse en cuenta el hecho de que la ley posea o no carácter genérico, ya que, conforme a una perspectiva de fiscalización efectiva del funcionamiento del sistema jurídico-constitucional<sup>686</sup>, las características del contenido de la ley – importantes para saber su tipo o alcance – no siempre es el determinante. Lo que debe estar en juego es, sobre todo, la adecuación de la fuente formal del derecho al ámbito material competente<sup>687</sup>,

---

<sup>683</sup> “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. (Artículo 9.3, CE).

<sup>684</sup> GARCÍA MARTÍNEZ, M. A, *El recurso de inconstitucionalidad*, Trivium, Madrid, 1992, p. 81.

<sup>685</sup> Conforme MARTÍN REBOLLO, “Así, pues, el principio de jerarquía y el principio de competencia ordenan el sistema de fuentes que la Constitución define y preside. Y ésta, al ser la primera de ellas y tener una pretensión de vinculatoriedad para todos los Poderes Públicos, posee también una suprallegalidad material, es decir, exige que todas las normas jurídicas se ajusten y acomoden a ella (MARTÍN REBOLLO, Luis, *Estudio preliminar a la Constitución española, edición especial*, Thompson Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 36).

<sup>686</sup> CANOTILHO, hablando de un concepto de norma funcionalmente adecuado, para efectos de control de constitucionalidad, entiende que el concepto de norma presente en los arts. 277, 280, 281, 208 da CRP, es fundamentalmente un *concepto de control* al cual está subyacente un componente de protección jurídica típica del Estado de derecho democrático-constitucional. Señala que esta competencia de protección-control hace mucho fue sugerida por Kelsen cuando defendió la necesidad de que, en la interpretación de preceptos relativos a la garantía jurisdiccional de la Constitución, debe tenerse en cuenta el interés decisivo de la ley fundamental en la desaplicación o eliminación de actos jurídicos contrarios a las normas constitucionales. (CANOTILHO, JJ. Gomes, ob. cit. pp.822-823).

<sup>687</sup> La doctrina del STF, como hemos visto, restringe el control abstracto a textos normativos que vulneren directamente la Carta. Pero, puede haber situaciones en que un acto normativo esté en confrontación con una ley – lo que no daría pie al control abstracto de constitucionalidad- pero la inconstitucionalidad surge por

con lo que se atienden a la vez los dos principios: la jerarquía de las fuentes combinada con la competencia normativa propia de cada una de ellas.

Así que, si por ejemplo, el Parlamento ha editado una ley de efecto concreto, es decir, ha emitido un acto de conducta única y no repetible, con contenido determinado y destinatarios ciertos, en las vestes de una ley formal, sin justificación razonable, habrá cometido una inconstitucionalidad<sup>688</sup> y su producto debe ser declarado inconstitucional por violación del debido proceso legislativo dado que la Constitución no consiente al órgano legislativo el poder de, al regular una materia, cambiar una fuente formal de derecho por otra de mayor o menor estatura jerárquica por simple discreción del legislador. En tal supuesto, aunque referida ley – en vista de su contenido determinado y su no repetibilidad – no tuviese fuerza activa para derogar otras leyes, quedaría siempre presente su fuerza pasiva consistente en la resistencia a la derogación propia de la ley formal<sup>689</sup>. Y eso denota un uso irregular de la fuente formal *ley*, un exceso de poder que genera una rigidez indebida y una inflación del ordenamiento jurídico en la medida que sólo mediante la edición de ley nueva se podría revocar.

En el caso de ley de presupuesto<sup>690</sup> – que según el entendimiento del STF no se sometería a control abstracto<sup>691</sup> – su fuente es fijada impositivamente por la propia

---

violación del ámbito de competencia material asignado a otro órgano o poder. En este sentido, en la ADI 1.503, DJU 18.05.2001, ha sido el voto del Min. Mauricio CORREA, *verbis*: “A primera vista, podría parecer que la inevitable confrontación de la norma regimetal con la Ley Orgánica de la Magistratura Nacional obstaría el control concentrado del dispositivo impugnado por implicar una revisión de legalidad y no de constitucionalidad. Con todo, el problema es focalizado so prisma diferente. “Se trata de examinar si el Tribunal de Justicia, al disponer en su Regimiento Interno sobre elección de su Presidente y de los demás titulares de cargos de dirección, hubiera usurpado competencia del Poder Legislativo de disciplinar la materia en ley complementar”. En la ADIn 2.223-DF, rel. Ministro Mauricio CORREA, DJU 13.07.2000 el STF declaró la inconstitucionalidad de ley ordinaria por vulnerar la reserva de materia hecha a la LC.

<sup>688</sup> En Portugal, donde la Constitución establece, en su art. 18/3, que las leyes restrictivas deben revestir “carácter general y abstracto”, será inconstitucional: “1) toda ley que imponga restricciones a derechos, libertades y garantías de una persona o de varias personas determinadas; 2) imponga restricciones a una persona o a un círculo de personas que, aunque no determinadas, puedan ser determinables a través de la conformación intrínseca de la ley y teniendo en cuenta el momento de su entrada en vigor”. (CANOTILHO, JJ., *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Livraria Almedina, Coimbra, 1.998, p. 414). Señala el autor que “el criterio para la determinación de la existencia de una ley individual restrictiva no es la formulación o enunciado lingüístico de la ley, sino su contenido y respectivos efectos. Pueden existir leyes individuales camufladas que formalmente contienen una normación general y abstracta, pero materialmente, esto es, según el contenido y efectos, se dirigen, en la realidad, a un círculo determinado o determinable de personas”. (Ob. cit. p. 415). Ello muestra que la generalidad y abstracción es un ideal de las leyes, que sirve para diferenciarlas de otras normas, pero como criterio de control de constitucionalidad no es bastante.

<sup>689</sup> La fuerza de ley, de acuerdo con la doctrina clásica, como se sabe, tenía una doble faceta, activa y pasiva: fuerza activa la capacidad de innovar, modificar cualquier punto del ordenamiento jurídico, fuerza pasiva, a su vez, la resistencia específica de la ley para no ser modificada ni derogada si no es por otra ley, es decir, por otra norma dotada de la misma fuerza específica. Hoy en día, a consecuencia de la multiplicidad de normas – la fragmentación de las fuentes – muchas normas con fuerza de ley no poseen esas dos fuerzas. Así que, una ley formal de efecto concreto no tenía fuerza activa, pues no podría innovar propiamente el ordenamiento jurídico revocando otra ley en sentido genérico o abstracto, pero una vez editada permanecería en el sistema, y de ello sólo podría salir por la vía legislativa, con su revocación por ley formal, o por la vía del control de constitucionalidad, con su invalidez.

<sup>690</sup> La ley de presupuestos, conforme a la opinión predominante en la doctrina italiana, *debe ser* ley solamente formal, vinculada por el orden legislativo preexistente: carente, así, de fuerza innovadora (CRISAFULLI, Vezio, *Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de fuentes*, traducido del italiano por Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, *Revista de derecho constitucional española* n° 1, Enero-Junio de 2004, p. 343).

<sup>691</sup> Es el que ha decidido en la ADIn 2.100, en que fue relator el Min. Nelson JOBIM, DJU 01.06.01.

Constitución<sup>692</sup>, no sólo por razones estrictamente jurídicas, sino porque es el Parlamento el foro constitucional competente para el debate acerca de materia tan trascendente. El hecho de que la referida ley se agote en un único acto forma parte de su propia naturaleza y función<sup>693</sup>, que evidentemente no es comparable a las de las leyes comunes dotadas de fuerza activa y pasiva típicas, pero que despliega efectos amplios en el ordenamiento jurídico-estatal, condicionando innumerables relaciones jurídicas y que, además, conserva su fuerza de resistencia frente a pretensiones de derogación por cualquier otra ley formal.<sup>694</sup>

Así que en Brasil, donde hay diversas hipótesis de reserva de ley, el legislador no dispone de entera libertad para editar leyes, eligiendo la fuente formal de derecho *ley* para ámbito normativo irrelevante en el sistema jurídico constitucional. “No todas las leyes formales son autorizadas para disponer *libremente y sobre cualquier objeto*” y no todas las leyes formales son funcionalmente iguales<sup>695</sup>.

Es precisamente la fuerza característica y la dignidad de la ley<sup>696</sup> formal, por su remarcado carácter político, un acto de autoridad del Parlamento en cuanto depositario de

---

<sup>692</sup> Son tres las leyes presupuestarias de iniciativa del Poder Ejecutivo: I) la que instituye el plano plurianual; II) la que fija directrices, metas y prioridades, y III) la ley presupuestaria anual (art. 165, CF).

<sup>693</sup> Hablando aun sobre el derecho italiano, de la disociación entre las fuerzas activas y pasivas del acto normativo -fenómeno decurrente de la fragmentación de las leyes de lo que habla GARRORENA MORALES – que puede llegar al punto de eliminar hasta la fuerza activa del acto, quedando solamente (y, quizá, ni siquiera siempre) el lado pasivo, como resistencia a la derogación propia de la ley formal, CRISAFULLI trae a la cita justamente, entre otras, la ley de presupuesto. Dice: “Así, por razones que pueden decirse naturales, dado que inherentes necesariamente a la función y a los efectos del acto, las leyes de aprobación de los balances finales (rendición de cuentas, art. 81, primer párrafo, de la Constitución), los cuales carecen de cualquier eficacia innovadora del Derecho objetivo; así también, en difusas concepciones, las leyes de aprobación (según otros, de autorización al ejercicio) del presupuesto; e, incluso, las leyes de concesión del ejercicio provisional (art. 81, segundo párrafo). Y por fin, las leyes de autorización para la ratificación de tratados internacionales (claro está, si o en la parte que no contengan igualmente la orden de ejecución) y además, probablemente, las leyes de aprobación de los Estatutos de las Regiones de autonomía ordinaria. Con mayor precisión, en cambio, el fenómeno ahora advertido nos interesa (en esta sede) en las hipótesis en las que la ley *deba* ser solamente formal, con invalidez consiguiente de eventuales disposiciones abrogativas de normas de leyes preexistentes: ello se verifica típicamente en la ley de presupuestos, al menos si se adhiere la tesis que considera tales leyes vinculadas al respeto del Derecho vigente [*infra*, en nota (38)]. Paradójicamente, al final, se tendría un acto, calificable por sus caracteres formales en un tipo de acto-fuente, pero al que se veta realmente tal condición de fuente. (CRISAFULLI, Vezio ob. cit. p. 336).

<sup>694</sup> Dada la especialidad de una ley de presupuesto, así como todas las demás llamadas leyes financieras, nos parece bastante claro que ninguna ley formal posterior podrá, desconociendo el contenido propio de este tipo de ley (la materia) y el aspecto temporal de su vigencia y otros condicionantes, conforme manda la Constitución, revocarla pura y simplemente, aunque sean idénticos el titular del poder normante y el procedimiento aprobado.

<sup>695</sup> Acuérdese de la Medida Provisoria, por ejemplo, que cumple función de normatizar materias que deben ser de relevancia y urgencia (art. 62, CF), y la ley complementaria que, entre nosotros, sólo puede incidir sobre materias que le son reservadas por la Constitución (v.g. arts. 7º, I, 43, par. 1º, 163, 231, par. 6º e ADIn 789-DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 19.12.1994).

<sup>696</sup> La ley formal, sino la fuente única – dice CRISAFULLI – continuará por largo tiempo siendo considerada, “al menos, la fuente *más alta*, la que condiciona a las demás, sin ser condicionada por ninguna otra: de manera que la ley (y se entiende la ley del Parlamento, dado que depositario de la soberanía nacional; o sea, la ley formal) tiene una propia fuerza característica, también llamada formal porque prescindir del contenido, que de vez en cuando el acto puede asumir y que es indiferentemente variable al arbitrio del legislador, para reconducirse exclusivamente al acto como tal, en cuanto que emanado *de aquella autoridad*, en vez de otras, y a través de cierto procedimiento y en una forma típica, que es *la forma de la ley*. La ley, entonces, es el acto que tiene tanta fuerza como para derogar cualquier otro acto y de no venir a menos, por contra, si no es por efecto de la emanación de otra ley, o bien de un acto, cual sea, al que excepcionalmente se le reconoce la misma fuerza” (CRISAFULLI, Vezio, ob. cit. p. 326).

la soberanía popular - y no los atributos de la generalidad y abstracción- que justifica su fiscalización en el ámbito del control de constitucionalidad.

El STF, finalmente, ha cambiado su jurisprudencia para admitir el control de leyes presupuestarias en la ADI 4048-MC/DF, en su juzgamiento de 24.05.2008<sup>697</sup>.

### 1.3) La cuestión de la precisión del objeto de control: el texto o la norma

Parece adecuado hacer una última precisión importante acerca del objeto de control de constitucionalidad. De acuerdo con la teoría general del derecho, en el concepto de norma se distingue el *enunciado lingüístico* en si mismo considerado<sup>698</sup>, con el nombre de *disposición*, y el significado que dicho enunciado posee, al que corresponde la denominación de *normas en sentido estricto*<sup>699</sup>.

Conforme enseña Días Revorio, “en todo precepto legal puede distinguirse conceptualmente entre disposición, texto o enunciado, por un lado, e interpretación del mismo, o contenido normativo, por otro”. Y añade: “Puede entenderse por “disposición” cualquier enunciado que forma parte de un documento normativo, esto es, cualquier enunciado del discurso de las fuentes; “norma” sería cualquier enunciado que constituya el sentido o significado adscrito de una o varias disposiciones o fragmentos de disposiciones. La disposición sería por tanto, el texto, el conjunto de palabras que forman una oración, mientras que la norma sería su significado, esto es, el resultado de su interpretación”<sup>700</sup>.

Por tanto, la relación entre ambos los conceptos es estrecha. No puede haber norma sin previa actividad interpretativa; ni puede hablarse ya de disposición (si no de norma) para referirse al resultado de dicha interpretación. Interpretar es, conforme Guastini, atribuir sentido o significado a un texto normativo<sup>701</sup>.

Pero la relación entre disposición y norma no siempre es biunívoca, es decir, no siempre a cada disposición le corresponde una y solo una norma, ni cada norma es consecuencia de una sola disposición. Así, pueden existir disposiciones complejas, de las que derivan varias normas conjuntamente; disposiciones ambiguas, de las que pueden derivar varias normas de forma alternativa (una u otra); disposiciones sinónimas, en cuyo caso de varias disposiciones deriva la misma norma; o parcialmente sinónimas cuando de cada una de las disposiciones derivan conjuntamente varias normas, algunas de las cuales

<sup>697</sup> Relator Min. Gilmar Ferreira MENDES, DJ de 22.08.2008. “El Supremo Tribunal Federal debe ejercer su función precípua de fiscalización de la constitucionalidad de las leyes y actos normativos cuando hubiere un tema o una controversia constitucional suscitada en abstracto, independiente del carácter general o específico, concreto o abstracto de su objeto. Posibilidad de submisión de las normas presupuestarias al control abstracto de constitucionalidad”.

<sup>698</sup> BOBBIO, hablando de las funciones del lenguaje, dice que una proposición es un “conjunto de palabras que tienen un significado entre sí, es decir, en su conjunto”. Las proposiciones deben ser distinguidas de sus enunciados, es decir, de la forma lingüística a través de la cual las proposiciones expresan su significado. De lo anterior se derivan consecuencias: 1) una proposición se puede expresar a través de diferentes enunciados; 2) un mismo enunciado puede expresar diversas proposiciones (Cfr. PECES-BARBA, Gregorio *et al*, *Curso de teoría del derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, p.148).

<sup>699</sup> las consideraciones que aquí se hacen sólo tienen la finalidad de fijar el plano sobre el cual ha de incidir la actividad del intérprete – de ahí traer la referida distinción entre disposición y norma-; por supuesto que no se quiere tratar de la interpretación de las normas.

<sup>700</sup> DÍAS REVORIO, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 35-36. El autor trae una cita de Ricardo GUASTINI (nota 1), en la que este dice: “enunciado” es cualquier expresión en una lengua de forma completa, que puede estar compuesto por una o varias proposiciones (en sentido gramatical)”. El importante es fijar que la norma es el resultado de la interpretación de las proposiciones o enunciados lingüísticos.

<sup>701</sup> Ídem.

coinciden. También puede haber normas que deriven de una pluralidad de disposiciones consideradas conjuntamente, o incluso normas implícitas, que al menos aparentemente no derivan de ninguna disposición concreta<sup>702</sup>.

Hechas tales distinciones y teniendo en cuenta que el intérprete parte del análisis de preceptos jurídicos escritos –al menos en los sistemas de derecho positivo–, se hace necesario saber, especialmente a nuestros efectos de estudio sobre el control de constitucionalidad, cuál de ellas constituye el objeto de control. Es decir, si el control de constitucionalidad recae sobre las disposiciones o sobre la norma que se desprende de ellas tras la interpretación o, incluso, si podría recaer sobre ambas.

Desde luego, debe decirse que tal indagación es relevante en el ámbito del control de constitucionalidad de las normas, especialmente porque es a partir de la comprensión de este tema que se podría explicar mejor la *técnica de la llamada interpretación conforme*, con o sin reducción de texto, modalidades de ajustamiento de la norma al sentido constitucional necesario, largamente utilizada en el derecho brasileño<sup>703</sup> – y, por supuesto, en los tribunales constitucionales europeos<sup>704</sup> – sobre los que se hablará en su momento.

El derecho positivo brasileño<sup>705</sup> no ofrece respuesta satisfactoria al planteamiento hecho. Perquiriendo el texto de la Constitución Federal (Art. 97, I, a e par. 2º del Art. 102; par. 3º del Art. 103; bien así el par. 2º del Art. 125) no se llega a una respuesta conclusiva, ya que el constituyente no ha dejado huellas de su opción. Tampoco la ley 9.868/99, que regula el proceso de las acciones directas de constitucionalidad, y que incluso no mantiene uniformidad en la medida en que, ora se refiere al dispositivo de la ley o acto normativo impugnado (Art. 3º, I), ora incorpora formulas decisorias cuyo objeto de control es [ ] la norma, y no el dispositivo<sup>706</sup>, caso de la interpretación conforme a la Constitución y de la declaración parcial de inconstitucionalidad sin reducción de texto (párrfo único del Art. 28)<sup>707</sup>.

La falta de una opción clara sobre esta especificación en cuanto al objeto acaba por ampliar el margen de maniobrabilidad del intérprete, que tanto podría incidir sobre las disposiciones como sobre las normas, según las necesidades<sup>708</sup> planteadas por el caso

---

<sup>702</sup> Ídem, p. 37.

<sup>703</sup> La llamada interpretación conforme parte de la premisa de que, cuando, entre interpretaciones plausibles y alternativas, exista alguna de ellas que permita compatibilizarla con la Constitución, ésta debe ser la preferida. Tal principio – al lado del principio de la presunción de constitucionalidad – tiene su trayectoria y desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (Cfr. HESSE, Konrad, *La interpretación constitucional, in escritos de derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1983, p. 53).

<sup>704</sup> Lo que en Brasil se llama interpretación conforme es lo que en Europa suele tratarse en el tema de las sentencias interpretativas, v. g. en Italia y España.

<sup>705</sup> Es también el que DÍAS REVORIO apunta en relación a Italia y España, en cuyas doctrinas el tema ha tenido desarrollo originalmente, cuyos derechos positivos no arrojan luces en esta cuestión, ora pareciendo decir que el pronunciamiento de inconstitucionalidad debe incidir sobre el texto legislativo (art. 134 de la Constitución italiana y el art. 161.1 a) de la Constitución española), ora diciendo ser la norma (art. 136 de la Carta de Italia y art. 163 y 164 de la Carta de España). (ob. cit. pp. 43-44).

<sup>706</sup> El “dispositivo” en Brasil se refiere a artículos, párrafos, incisos, alneas o ítem (cf. art. 12 par. Único, da LC 95/98, incluido por la LC 107, de 26.4.2001). Es empleado en el lenguaje forense con el mismo sentido de disposición, aunque, en realidad, éste es un género del que aquél forma parte.

<sup>707</sup> BERNARDES, Juliano Taveira, ob. cit. pp. 166-167.

<sup>708</sup> Conforme RUBIO LLORENTE “es la naturaleza propia la función jurisdiccional y no el buen deseo de los Tribunales Constitucionales de reducir al mínimo las lagunas del ordenamiento lo que les obliga con frecuencia a dictar sentencias interpretativas en las que el procedimiento sobre la legitimidad constitucional no tiene por objeto el precepto, el texto legal, sino una determinada interpretación del mismo, una norma”

concreto. Conforme sea la opción adoptada por el intérprete serán más o menos restrictivas las posibilidades de legítimo control de constitucionalidad<sup>709</sup> y, por ende, más o menos efectiva la defensa de la supremacía constitucional<sup>710</sup>.

El Supremo Tribunal Federal, siguiendo los postulados de la doctrina alemana e italiana, entiende que *la interpretación conforme de las normas es un principio propio del control* y no simple regla de interpretación en el ámbito del control de constitucionalidad<sup>711</sup> y, por lo que se infiere de su jurisprudencia, el objeto de control efectivamente son las normas<sup>712</sup>, aunque el pronunciamiento sea referido al texto por razones lógico-operativas<sup>713</sup>. El tribunal se limita a declarar la legitimidad del acto cuestionado desde que es interpretado en conformidad con la Constitución y el resultado de esa interpretación – que nace de la disposición como su soporte lógico-formal – normalmente es incorporado, de forma resumida, en la parte dispositiva de la decisión (fallo)<sup>714</sup>.

El fundamento de esta modalidad o técnica de decisión es el postulado del derecho norteamericano incorporado al derecho brasileño según el cual, debe el juez, en caso de duda, reconocer la constitucionalidad de la ley<sup>715</sup>, fórmula que rinde homenaje al

---

(RUBIO LLORENTE, Francisco, *Sobre la relación entre tribunal constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, CEC, Madrid, 1998, pp. 52-53).

<sup>709</sup> Es comprensible que las posibilidades del control se restrinjan cuando el intérprete está sujeto a las disposiciones; los tribunales constitucionales han de mantener cierta fidelidad al texto legal, al menos frente a aquellos que poseen un sentido claro, conforme la noción kelseniana del legislador negativo. Mientras tanto, si es sobre la norma que incide el control, amplían las posibilidades del intérprete, que necesariamente habrá de proceder a una previa interpretación del texto normativo a fin de sacar la norma y, después, someterla a la conformación con los parámetros constitucionales, operación que no siempre es sencilla, vertical, exigiendo muchas veces rectificaciones, nuevas vueltas interpretativas, diseñando movimientos triangulares, que van de la ley a la Constitución, pero también de ésta a la ley, hasta que llegue al resultado considerado satisfactorio, todo en función de naturaleza política del derecho constitucional y el significado de la decisión.

<sup>710</sup> Al propósito, hay que tener en cuenta que, si el control debe tener por objeto estrictamente las disposiciones y no las normas, “los únicos pronunciamientos legítimos serían la declaración de constitucionalidad, la declaración de inconstitucionalidad, o la declaración de inconstitucionalidad parcial del texto. Por tanto, cuando el Tribunal se enfrente a disposiciones susceptibles de varias interpretaciones, alguna de ellas inconstitucional y otra u otras no, debería elegir entre la declaración de inconstitucionalidad, que elimina del ordenamiento conjuntamente normas constitucionales e inconstitucionales (y que en ocasiones podría crear una situación más gravemente inconstitucional), o la declaración de constitucionalidad, que haría permanecer en el ordenamiento todas las normas derivadas de dicha disposición, con independencia del juicio de constitucionalidad que merezcan” (DÍAS REVORIO, ob. cit. p. 47).

<sup>711</sup> Representación 1.417/DF, rel. Min. MOREIRA ALVES, DJU 15.4.1988.

<sup>712</sup> En la Representación 948/SE, DJU 18.3.1977, p. 1523, en que fue relator el Min. MOREIRA ALVES, el Procurador-General de la República alegaba la inconstitucionalidad del *caput* del art. 156 de la Enmienda nº 2, de 30 de diciembre de 1969, a la Constitución del Estado de Sergipe, cuya disposición preveía: “cesada la investidura en el cargo de Gobernador, quien lo hubiere ejercido por más de la mitad del plazo del mandato respectivo hará *jus*, a título de representación, desde que no haya sufrido la suspensión de los derechos políticos, a un subsidio mensual y vitalicio igual a los vencimientos del cargo de Desembargador del Tribunal de Justicia”. Se apuntaba la inconstitucionalidad de la disposición frente a la Constitución Federal, ya que no contenía en la disposición la exigencia en el sentido de que “el ejercicio del mandato” debiera ser “en carácter permanente”, tal como constaba de la Constitución Federal. Sin embargo, el Tribunal tuvo que aplicar la interpretación conforme, considerando que en la disposición estaba implícita la exigencia referida. Con ello, reconoció una norma no aparente en el texto como resultado del análisis sobre su significado y, como no vislumbrara inconstitucionalidad alguna, ha desestimado la representación.

<sup>713</sup> Lo que se quiere decir es, simplemente, que como la norma es vinculada al texto, que es su soporte lógico-formal, cuando se fija la interpretación conforme, ésta sólo puede operar con sentido conectado al texto.

<sup>714</sup> Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle concentrado de constitucionalidad*, p. 397.

<sup>715</sup> Lúcio BITENCOURT, tras presentar la doctrina norteamericana de la presunción de constitucionalidad de las leyes, sostiene, con precisión a nuestro ver, que no hay presunción de constitucionalidad de la ley: “Es que, en relación a ella, existe el principio de obligatoriedad...” La ley, mientras no sea declarada inoperante,

propio *principio de la separación de poderes*<sup>716</sup>. También para el caso de dos interpretaciones posibles de una ley, ha de preferirse aquella que se muestre compatible con la Constitución. Por ello, la interpretación conforme, al alejar otras interpretaciones que la misma norma puede presentar, fijándose en la que se considere constitucional, es siempre un *acórdão* (sentencia) de desestimación.

Sin embargo, si por una parte se mantiene el texto íntegro, reduciéndose la expresión semiológica del acto impugnado<sup>717</sup> – lo que muestra claramente que no es el texto mismo el objeto de control – es cierto, por otra parte, que este tipo de control de constitucionalidad puede tener un contenido negativo en la medida en que se consideren inconstitucionales una o varias interpretaciones.

Por ello, el Supremo Tribunal Federal, reconociendo el carácter de invalidez que incide sobre otras propuestas de interpretación en referido método de control, a partir de la ADIn 581-DF, de la que fue relator el Min. Marco Aurelio, enjuiciada en 12.8.1992, en la línea del Tribunal Constitucional Federal alemán<sup>718</sup>, acogiendo la propuesta del Ministro Moreira Alves, ha pasado a juzgar *la acción directa procedente (estimativa) en parte*, en lugar de juzgarla improcedente (desestimándola)<sup>719</sup>.

Un aspecto relevante de este cambio es que, la introducción de la declaración de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto en la parte dispositiva de la sentencia<sup>720</sup>, traduce una diferenciación entre la simple interpretación conforme – que genera siempre, aunque en parte, la improcedencia (desestimación) de la acción – y la declaración de *inconstitucionalidad sin reducción de texto*, que excluye, de manera expresa, por inconstitucionalidad, determinadas hipótesis de aplicación del programa normativo sin que se produzca alteración del texto legal.

Aparte de ser técnicamente más adecuada la distinción<sup>721</sup> – pues, de hecho, en la interpretación conforme la norma es declarada constitucional y en la declaración de nulidad sin reducción de texto se declara una inconstitucionalidad – tal forma de pronunciamiento da consecuencia a la regla constitucional del artículo 97 de la

---

no se presume válida: es válida, eficaz y obligatoria” (BITENCOURT, C. A. Lucio, *O controle de constitucionalidade das leyes*, Ministerio de la Justicia, Brasilia-DF., 1997, p.96).

<sup>716</sup> Así lo piensa BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da constituição*, 3ª ed., Saraiva, 1999, p.184).

<sup>717</sup> Cfr. voto del Ministro CELSO DE MELLO en la ADIn 581-DF., rel. Min. MARCO AURELIO, j. 12.8.1992, *apud* BARROSO, Luis Roberto, ob. cit. p. 187.

<sup>718</sup> Conforme señala SCHLAICH, “ciertamente, la interpretación conforme a la Constitución conlleva, según los casos, una declaración de nulidad pronunciándose por el mantenimiento de la ley en una determinada interpretación (*in harmony with the Constitution*”). El T.C.F. ha adoptado tempranamente este método” (SCHLAICH, Klaus, *El tribunal constitucional federal alemán*, in *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1984, p. 202).

<sup>719</sup> Ídem, p. 187. Pero, conforme muestra Gilmar Ferreira MENDES, antes de ello, en la ADIMC 491-AM, rel. Min. MOREIRA ALVES, DJU 25.10.1991, el STF, ya indicaba la disposición de alejarse de la orientación anterior, que equiparaba la interpretación conforme a la Constitución a la *declaración de nulidad parcial sin reducción de texto*, pasando a dejar explícito que, en el caso de declaración de nulidad sin reducción de texto, que determinadas hipótesis de aplicación, constantes del programa normativo de la ley, son inconstitucionales y, por ello, nulas (*Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, p. 36).

<sup>720</sup> “La ley X es inconstitucional si es aplicable a tal hipótesis; la ley Y es inconstitucional si, por ejemplo, autoriza el cobro de tributo en determinado ejercicio financiero” etc, es la fórmula que se pasó a utilizar en el STF y que, sin duda, tiene la virtud de ser dotada de mayor claridad y seguridad jurídica (Cfr. dice Gilmar Ferreira MENDES, *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, p. 35).

<sup>721</sup> Sobre la inadecuación de la equiparación de la interpretación conforme a la Constitución a la declaración de nulidad sin reducción de texto, Gilmar Ferreira MENDES apunta críticamente varios problemas (*Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, pp.34-38).



Constitución Federal, que exige el *quorum de mayoría absoluta de los tribunales para la declaración de inconstitucionalidad de ley o acto normativo del poder público*. Bien es cierto, que en la simple interpretación conforme no hay declaración de inconstitucionalidad y, por lo tanto, en tesis, podría el Tribunal deliberar con *quorum* inferior; no podría decirse lo mismo en el caso de declaración de inconstitucionalidad sin reducción de texto, pues, siendo un pronunciamiento de inconstitucionalidad debe observar la exigencia de mayoría absoluta.

En conclusión, puede decirse que en Brasil, el control abstracto de constitucionalidad incide sobre *disposiciones y sobre normas*; en lo que se refiere a la técnica de interpretación conforme incide sobre las normas<sup>722</sup> y no sobre las disposiciones o texto, aunque éstos, como soportes lógicos o signo sensible de las normas sean siempre el punto de partida de todo intérprete.

Tal conclusión explica en el hecho de que, tanto en la simple interpretación conforme, como en la declaración parcial de inconstitucionalidad sin reducción de texto – como una variante de la primera especie – el Tribunal sólo tiene el texto como “el medio formal de comunicación para dar a conocer la norma”<sup>723</sup> y es sobre ésta que, una vez conocida, va a aplicar el control.

Expuestas la caracterización y precisión del objeto del control de constitucionalidad abstracto, haremos a continuación un análisis de los diversos tipos de normas que pueden ser sometidos a control en la vía de la acción directa de inconstitucionalidad.

## 2) Objeto

### 2.1) Las enmiendas a la Constitución Federal

El proceso de modificación de la Constitución, de competencia del legislador constituyente derivado, como suele ocurrir en las llamadas Constituciones rígidas, deviene enteramente regulado en el artículo 60 de la Carta Magna vigente. En él se explicitan los legitimados<sup>724</sup> y las condiciones del ejercicio de la iniciativa, el procedimiento de votación

---

<sup>722</sup> Se ha argumentado que el control de constitucionalidad abstracto no incide tan solo en normas porque, si fuera así, el órgano judicial no podría alejarse de la propia interpretación dada al acto normativo impugnado por el autor. El pedido – que es la expresión del objeto del proceso- recaería solamente en las normas extraídas por el autor de la interpretación de la disposición. Luego, por el principio de la adstricción al pedido inicial, el tribunal sólo podría evaluar la constitucionalidad de las mismas interpretaciones presentadas por el requeriente. Es la opinión de Juliano Taveira BERNARDES, ob. cit. pp. 168-169. Pensamos, sin embargo, que es equivocada la conclusión. En nuestro derecho procesal el juez no está nunca vinculado a la interpretación de la disposición legal que haya hecho el autor para fundamentar su pedido. Lo que debe observar el juez ordinario son los límites del pedido, que, incluso, debe guardar congruencia con los hechos y los fundamentos jurídicos, es decir, la causa de pedir. El juez puede – y debe-, a consecuencia de ello, aplicar el derecho a la especie según el principio *narra mi facti dabo tibi ius* (dame el hecho que te doy yo el derecho), pues *iura novit curia*. En el proceso de control abstracto de constitucionalidad, con mucha más razón, el Tribunal enjuicia con amplia libertad y autonomía el pedido formulado por el autor y no está sujeto a cualquier propuesta de interpretación de la disposición impugnada. En realidad, aunque sea una exigencia legal la indicación por el autor de los fundamentos jurídicos que basan el pedido de declaración de inconstitucionalidad, el STF no está vinculado a ellos en la apreciación que hace de la constitucionalidad de los dispositivos cuestionados (Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 235).

<sup>723</sup> STC Español 11/1981.

<sup>724</sup> Legitimados son: I) un tercio, en el mínimo, de los miembros de la Cámara de los Diputados o del Senado Federa; II) del Presidente de la República; III) de más de la mitad de las Asambleas Legislativas de las unidades de la Federación, manifestándose, cada una de ellas, por la mayoría relativa de sus miembros.

en las Casas del Congreso Nacional<sup>725</sup> y se establece la prohibición de enmienda en la vigencia de intervención federal, de estado de defensa o de estado de sitio y la interdicción al constituyente de deliberar propuesta de enmienda tendente a abolir: I) la forma federativa de Estado; II) el voto directo, secreto, universal y periódico, III) la separación de los poderes; IV) los derechos y garantías individuales

Estando el poder de conformación del legislador reformador vinculado a parámetros constitucionales formales y materiales estrictos, el producto de su obra se somete, tanto como el del legislador ordinario, al sistema de control de constitucionalidad, incluso por el modo del control difuso, incidental o concreto<sup>726</sup>.

El cabimiento de control de constitucionalidad de una enmienda constitucional, en sentido formal y material, ha sido reconocido ya en 1926. Y, recientemente, el STF admitió la posibilidad de se examinar la constitucionalidad de propuesta de enmienda antes mismo de su promulgación<sup>727</sup>.

Se trataba, en este último caso, no de una acción directa de inconstitucionalidad, pero sí de un *mandado de segurança* – instrumento procesal dirigido a protección de derecho *liquido y cierto* (derecho indudoso y determinado), o en la inminencia de serlo, por ilegalidad o abuso de poder – en el que dos Senadores alegaban que propuestas de enmiendas constitucionales en trámite ordenando la prórroga de mandato del Prefeito (Alcalde), Vice-Prefeito y Vereadores (Consejeros), eran inconstitucionales por ser tendientes a la abolición de la República y vulneraban sus derechos subjetivos de no deliberar acerca de temas vedados por la Constitución.

El Supremo Tribunal Federal, aunque desestimara el fondo del pedido, reconoce la posibilidad de control en tal supuesto<sup>728</sup> porque la Constitución entonces vigente prohibía el propio procesamiento de ley o enmienda tendiente a abolir la Federación y la República, considerando que, en estos casos, la inconstitucionalidad dice respecto al propio proceso legislativo, y eso porque la Constitución no quiere – dada la gravedad de esas deliberaciones, si consumadas – que se llegue a la mera deliberación, prohibiéndola tajantemente.

Tal decisión, ocurrida aún en el derecho anterior, demuestra que no siempre es imprescindible la existencia formal del texto de ley y la conclusión definitiva del proceso legislativo para que se instaure el control de constitucionalidad abstracto. Se tiene, en este caso, un control de la norma en gestación<sup>729</sup> derivado del comando constitucional<sup>730</sup> que

---

<sup>725</sup> La propuesta debe ser discutida y votada en cada una de las Casas del Congreso Nacional en dos turnos, considerándose aprobada si obtuviera, en ambos, tres quintos de los votos de los respectivos miembros.

<sup>726</sup> En nuestro sistema, como hemos visto, tenemos el control abstracto o concentrado y el control difuso de constitucionalidad. Una enmienda constitucional puede ser impugnada tanto en una vía como en otra, con la diferencia de que en aquella sólo el STF es el competente y que los efectos de la decisión son *erga omnes* con eficacia vinculante, mientras en éste, todos los jueces y tribunales son competentes, pero los efectos son restrictos a las partes procesales.

<sup>727</sup> HC 18.178, de 27.9.1926, RF: 47:748-827, e MS 20.257, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ, 99:1040, respectivamente, (cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 167).

<sup>728</sup> La cita de este precedente se justifica por la validez teórica del control de constitucionalidad, tal como es reconocido expresamente por el STF, aunque, en razón del instrumento de control utilizado, los efectos de la concesión del mandamiento sólo beneficiarían a los autores, los Senadores, “para no deliberar” sobre lo que creían prohibido por la Constitución, un derecho subjetivo que alegaban tener.

<sup>729</sup> No es la norma el objeto inmediato del control, pero la simple propuesta de generarla en contra de temas que la Constitución no admite discusión alguna. El constituyente originario ha anticipado el momento del control para impedir el propio nacimiento de proyectos que puedan vulnerar las cláusulas pétreas. Entiende Zeno VELOSO: “Certo. No se trata, todavía, de acto normativo público, perfecto y acabado, sino de una propuesta, de acto en formación. Pero, la agresión a los dictámenes constitucionales ya existe, la subversión

dirige especial protección al proceso de enmiendas constitucionales, crea procedimiento estricto y establece, además de prescripciones formales obligatorias, prohibiciones materiales al propio legislador constituyente derivado.

Ha sido, pues, este tipo de protección especial al proceso legislativo de reformas a la Constitución, al lado de la ampliación de los legitimados, que ha generado considerable demanda de control de constitucionalidad sobre propuestas de modificación del texto constitucional.

De hecho, han sido varias las acciones directas de inconstitucionalidad contra enmiendas a la Constitución propuestas ante el Supremo Tribunal Federal<sup>731</sup>, una demanda relativamente alta<sup>732</sup>, que tiene causa, entre otras razones, en el excesivo número de enmiendas en los últimos años, por medio de las cuales los tres últimos gobiernos implementan las llamadas reformas del Estado brasileño<sup>733</sup>.

Mientras la gran mayoría de las acciones tuvieron en mira enmiendas que, según se alegaba, vulneraban el proceso formal de reformas, otras cuestionaban el propio contenido de las propuestas mediante la alegación de vulneración al ámbito material vedado por la Constitución, las llamadas cláusulas pétreas, el núcleo duro inmodificable. Una acción directa ha sido propuesta, incluso, cuestionando la constitucionalidad de dispositivos de la propia Constitución originaria de 1988, mediante la alegación de ofensa a las llamadas cláusulas pétreas<sup>734</sup>.

El STF, no obstante, ha rechazado la acción por imposibilidad jurídica del pedido, ya que no ha admitido la tesis de que habría jerarquía entre normas constitucionales originarias. Para el Tribunal, “compete al STF, precipuamente, la guardia de la Constitución (Art. 102 “caput”), el que implica decir que esa jurisdicción le es atribuida para impedir que se incumpla la Constitución como un todo, y no para, respecto a ella, ejercer el papel de fiscal del Poder Constituyente originario, a fin de verificar se este tendría, o no, violado los principios de derecho suprapositivo que él propio había incluido en el texto de la misma Constitución. Además, las cláusulas petreas no pueden ser invocadas para sostener la tesis de inconstitucionalidad de normas constitucionales

---

alarmante llega al nivel de gravedad máxima. La respuesta tiene que ser pronta, urgente, la repulsa ha de ser enérgica, eficaz, proporcional al ataque a los postulados y principios básicos. Ante una emergencia – y para garantizar no sólo la supremacía, sino también la supervivencia de la Constitución –, todo el arsenal jurídico debe ser utilizado, en el interés de las instituciones más pequeñas y de la manutención del Estado de Derecho y de la Democracia” (ob.cit. p. 161).

<sup>730</sup> Por ello mismo es que entendemos que, en relación al decreto-ley del derecho español, el que se debe controlar no es el decreto-ley de la ley de “conversión”, por separado, sino el proceso de formación de este tipo especial de norma, según la perspectiva de las fuentes del derecho. Y el mismo razonamiento vale para las Medidas-Provisorias de nuestro derecho. Sobre esto hablaremos mas adelante.

<sup>731</sup> Por ejemplo: ADIn 829, 830 y 833, rel. Min. MOREIRA ALVES sobre la constitucionalidad de la EC 2, de 25-8-1992, que trataba de la anticipación del plebiscito previsto en el art. 2º del ADCT; la ADIn 913 contra la EC 3/93 que instituyera la acción declaratoria de constitucionalidad (Rel. Min. Moreira Alves, DJU 23.8.1993, p. 163457) y la ADIn 939, (Rel. Min. Sydney SANCHES, DJU 18.3.1994, p. 5165), propuesta contra la EC que instituyera el impuesto provisorio sobre tramitación financiera (IPMF).

<sup>732</sup> Conforme noticia Gilmar Ferreira MENDES, esta practica se ha tornado tan corriente en la sede del sistema de fiscalización abstracta que sólo en contra de la EC 41/2003, que versaba sobre la Reforma de la Previdencia, fueron promovidas seis acciones directas de inconstitucionalidad ante el STF: las ADIn 3.104-DF; 3.105-DF; 3.128-DF; 3.133-DF; 3.138-DF; 3.143-DF, todas de la relatoría de la Min. Ellen GRACIE (*Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 167).

<sup>733</sup> Desde la promulgación de la Constitución en 1988 hasta la fecha, fueron aprobadas más de sesenta enmiendas constitucionales.

<sup>734</sup> ADIn 815, rel. Min. MOREIRA ALVES, propuesta por el Gobernador del Estado del Rio Grande del Sur, DJU 10.5.1996; RTJ 163/872-881.

inferiores frente a normas constitucionales superiores, puesto que la Constitución las prevé solo como límites al Poder Constituyente derivado al reverter o enmendar la Constitución elaborada por el Poder Constituyente originario, y no como abarcando normas cuyas observancia se impuso al propio Poder Constituyente originario con respecto a otras normas que no sean consideradas como clausula petrea, y, por lo tanto, puedan ser enmendadas<sup>735</sup>.

## 2.2) Leyes formales y actos normativos federales

Las leyes formales y los actos normativos, como hemos visto, son las categorías típicas que forman parte del objeto de control de constitucionalidad. Los conceptos que se tienen acerca de ley y acto normativo como categorías para efecto de control de acuerdo con la jurisprudencia del STF, han sido apuntados en los apartados anteriores, a los que nos remitimos.

## 2.3) Medidas Provisorias

Las medidas-provisorias han sustituido en nuestro derecho los “decretos-ley” – inspirados en el derecho italiano –, que tenían carácter de urgencia, pero que convalecían por el transcurso del tiempo en caso de que el Congreso Nacional no lo aprobase en el plazo de sesenta días; por ello era considerado un instrumento autoritario del gobierno.

En caso de “relevancia y urgencia”, prescribe la Constitución, “el Presidente de la República podrá adoptar medidas provisorias, con fuerza de ley, debiendo someterlas de inmediato al Congreso Nacional”<sup>736</sup>. Las medidas provisorias pierden la eficacia desde su edición si no fueran convertidas en ley en el plazo de sesenta días, prorrogable una vez por igual período, debiendo el Congreso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, las relaciones jurídicas de ellas decurrentes<sup>737</sup>.

Este proceso complejo de formación de ley<sup>738</sup>, dada su naturaleza<sup>739</sup>, plantea controversias doctrinarias en lo que se refiere a las posibilidades de control de los

---

<sup>735</sup> El Tribunal Constitucional Alemán, en su sentencia de 23 de octubre de 1951, en línea con sentencia del Tribunal Constitucional de la Baviera, ha reconocido la existencia de derecho suprapositivo y su competencia para enjuiciar la legitimidad de normas con base en estos principios; posteriormente ha dicho, con todo, que esa posibilidad teórica configuraba casi una impisibilidad práctica (Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional*, p. 139-140).

<sup>736</sup> Reza la CF: “Art. 62. En caso de relevancia y urgencia, el Presidente de la República podrá adoptar medidas provisorias, con fuerza de ley, debiendo someterlas de inmediato al Congreso Nacional. (Redacción dada por la Enmienda Constitucional n° 32, de 2001).

<sup>737</sup> “§ 3° Las medidas provisorias, salvado lo dispuesto en los §§ 11 y 12 perderán eficacia, desde la edición, si no fueran convertidas en ley en el plazo de sesenta días, prorrogable, en los términos del § 7°, una vez por igual período, debiendo el Congreso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, las relaciones jurídicas de ellas decurrentes. (Incluido por la Enmienda Constitucional n° 32, de 2001)” (art. 62, CF).

<sup>738</sup> Un proceso complejo de formación de ley es lo que resulta, en nuestro derecho constitucional, de la conjugación necesaria de voluntad del Ejecutivo y del Legislativo. En el proceso de formación de leyes tenemos, conforme la clasificación de José Afonso da SILVA, tres tipos de procedimientos: 1) el procedimiento legislativo ordinario, destinado a la elaboración de la ley ordinaria (compuesto de cinco fases), de iniciativa de cualquier parlamentario y también del Ejecutivo; 2) el procedimiento sumario, cuya aplicación depende de la voluntad del Presidente de la República, a quien la Constitución confiere la facultad de solicitar urgencia para la apreciación de proyecto de su iniciativa; 3) procedimientos legislativos especiales, que son los establecidos para las enmiendas constitucionales, de leyes financieras (ley del plano plurianual, ley de directrices presupuestarias, ley del presupuesto anual y de apertura de créditos adicionales), de leyes delegadas, de medidas provisorias y de leyes complementares. En cuanto a estas últimas, señala, “nada más carece decir sino que sólo difieren del procedimiento de formación de las leyes ordinarias en la exigencia de

requisitos de **relevancia y urgencia** y asimismo en cuanto a la posibilidad de proseguimiento del trámite del proceso instaurado en contra de la medida provisoria si convertida en ley y, más específicamente, cuando su texto haya sido modificado por la ley en la que se haya convertido.

El Supremo Tribunal Federal tiene concedido diversas medidas cautelares suspendiendo la eficacia de medidas provisionales como actos dotados de fuerza normativa, salvando, sin embargo, su validez como proposición legislativa destinada a ser convertida en ley<sup>740</sup>. Se ha considerado perjudicada la acción directa de inconstitucionalidad en los casos en que la medida provisional haya sido rechazada expresamente por el Congreso y por el transcurso del plazo constitucional para su apreciación<sup>741</sup>.

También ha asentado la Corte Suprema que “no perjudica la acción directa de inconstitucionalidad material de medida provisional a su conversión en ley sin alteración, dado que su aprobación y promulgación integral apenas hacen definitiva la vigencia, con eficacia *ex tunc* y sin solución de continuidad, preservada la identidad originaria de su contenido normativo, objeto de la argución de invalidez”<sup>742</sup>.

Ahora bien, el problema surge en el momento en que el Congreso promueve **alteraciones en el texto de la medida provisional** objeto de la acción directa de inconstitucionalidad, la convierte en ley y el Presidente de la República la sanciona. El STF considera que la ley, produciendo alteración en el contenido material de la medida provisional, la convierte en especie normativa distinta y, por lo tanto, entiende perjudicada la acción directa de inconstitucionalidad propuesta contra la medida provisional<sup>743</sup>.

Pensamos que el control de constitucionalidad sobre este tipo de normas, según la perspectiva de fuentes que estamos enfatizando, debe partir de la idea de que una fiscalización efectiva requiere una visión integral de todo el proceso de formación de esas normas, las cuales **no deben ser consideradas como especies formalmente distintas pero**

---

voto de la mayoría absoluta de las Casas, para su aprobación, siendo pues, formadas por procedimiento ordinario con *quorum* especial” (*Curso de direito constitucional positivo*, 16ª ed. Malheiros, São Paulo, 1999, p. 530).

<sup>739</sup> José Afonso da SILVA entiende que las medidas provisionales son “medidas de ley (tienen fuerza de ley) sujetas a una condición resolutoria, o sea, sujetas a perder su calificación legal en el plazo de sesenta días” (ob. cit. p. 531). Su diferencia en relación a las leyes temporarias está en su pretensión de definitividad y de ser mantenida bajo la forma de ley (Carlo ESPÓSITO, *Decreto-legge*, in *Enciclopedia del diritto*, Varese, 1962, v. 11, p. 831, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 198).

<sup>740</sup> ADIn 293-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 16.04.1993, p. 6429; ADIn 427-DF, Rel. Min. Sepúlveda PERTENCE, DJ, 1º.02.1991, p. 351 (Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, *Control concentrado de constitucionalidade*, p. 197).

<sup>741</sup> ADIn 525-DF, Rel. Min. Sepúlveda PERTENCE, DJ, 4.09.1991, p. 11929; ADIn 529-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 4.09.1991, p. 11930; ADIn 298-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ, 21.11.1990, p. 13427; ADIn 300-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 21.11.1990, p. 13427; ADIn 292-DF, Rel. Min. Paulo BROSSARD, DJ 16.4.1993, p. 6428 (MENDES, *idem*, p. 197).

<sup>742</sup> ADIn 691-DF, Rel. Min. Sepúlveda PERTENCE, DJ, 19.06.1992, p. 9519-20 (Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 197).

<sup>743</sup> Ementa: ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA MEDIDA PROVISORIA N. 160/90 - SU CONVERSIÓN SUPERVENIENTE, CON ALTERACIONES, EN LA LEY N. 8.033/90 - IMPOSIBILIDAD DE ADITAMIENTO DE LA INICIAL. La ley de conversión, derivada de la medida provisional objeto de acción directa de inconstitucionalidad, habiendo operado alteraciones en el contenido material de este acto normativo editado por el Presidente de la República, constituye una especie jurídica diversa, no pudiendo ser impugnada en la misma acción, mediante el simple aditamento de la petición inicial. (ADI 258 QO / DF - DISTRITO FEDERAL CUESTIÓN DE ORDEN EN LA ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD Relator Min. ALDIR PASSARINHO. Juzgamiento: 26/04/1991 Publicación DJ 28-02-1992 PP-02169 EMENT VOL-01651-01 PP-00017 RTJ VOL-00136-02 PP-00453). En igual sentido ADIn 258-DF., Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 28.02.1992, p. 2169.

*sí interdependientes*, so pena de llegarse a una fragmentación innecesaria. Desde un punto de vista no sólo teórico sino también pragmático, tal visión procesal aleja dificultades hoy existentes y permite al STF una mayor amplitud en su ámbito de cognición<sup>744</sup>.

Parece evidente que, si la medida provisoria es un acto normativo que tiene fuerza de ley desde su edición y está sometido a una condición resolutive que es el transcurso de plazo sin aprobación por el Congreso, ella misma es objeto de control de constitucionalidad dada su aptitud para la producción de efectos jurídicos inmediatos. Pero, una vez propuesta la acción directa de inconstitucionalidad y habiendo el Congreso posteriormente la aprobado en ley, aunque la medida provisoria como especie normativa autónoma haya perdido vigencia, eventuales vicios formales o materiales de origen en ella constantes no tiene porqué convalidarse tan sólo porque se haya transformado en ley. Las normas inconstitucionales siguen siendo inconstitucionales a despecho del tipo de ley que le da soporte lógico-formal<sup>745</sup>, es decir, ley, medida provisoria, decreto-ley, etc.

Así que, cuando se considera la medida provisoria un acto normativo autónomo que puede tener su eficacia suspendida por decisión cautelar liminar mientras siga funcionando como simple proyecto de ley<sup>746</sup>, se crea una sección en el proceso que lo desnatura enteramente. Con ello, el proveimiento jurisdiccional que suspende la eficacia de la medida provisoria saca de ella precisamente *su esencia*: la fuerza de ley que es su característica intrínseca, sin la que no es nada, y no puede transformarla en cosa enteramente distinta, trasmudando su función constitucional típica en una función secundaria de proyecto de ley –no prevista por la Constitución-, para cuya finalidad el Presidente de la República dispone de instrumentos legislativos apropiados<sup>747</sup>.

En efecto, la medida provisoria es producto de la potestad legislativa exclusiva del Presidente de la República<sup>748</sup> y especie *sui generis* que inaugura el proceso de formación de ley mediante el concurso del Congreso Nacional. Su estructura formal y fuerza de ley son congénitas e inseparables del acto de su edición; es decir, nace con los atributos de ley y para ser ley, no para funcionar como proyecto de ley.

Por ello, el control de constitucionalidad que se ejerce sobre la norma referida es fundamentalmente un *control sobre el regular uso del poder legislativo presidencial*.

---

<sup>744</sup> El STF exige aditamento a la petición inicial en caso de que haya alteraciones en el texto de la medida provisoria enjuiciada, ya que ha admitido que el Presidente pudiera reeditar sucesivamente medidas provisionarias. Una consecuencia nociva de esto es que, si el autor no hace el aditamento, el proceso es extinto, lo que implica en aceptar que una ley inconstitucional pudiera seguir violando la Constitución, por desatención a una simple formalidad, dando pie a maniobras del gobierno.

<sup>745</sup> Obviamente que nos referimos a la inconstitucionalidad en sentido material.

<sup>746</sup> El STF ha concedido liminares contra determinadas medidas provisionarias resaltando que, ante su característica ambivalente (acto con fuerza de ley e proyecto de ley), la medida cautelar se destina tan solo a retirar la fuerza normativa del acto normativo en referencia. En la ADIn 293-DF, relator, Min. CELSO DE MELLO, el voto del Min. Sepúlveda PERTENCE distingue dos momentos en la medida provisoria: el de la edición del acto normativo, con eficacia inmediata de ley, y el segundo momento como el de la sumisión del acto al Congreso Nacional, no sólo para ratificar los efectos inmediatos producidos, sino también para la conversión en ley, de eficacia definitiva, del mismo contenido normativo de la medida provisoria. Y concluyó que sólo puede ser objeto de la acción directa la medida provisoria mientras acto normativo y, por ende, solo su eficacia - provisoria pero inmediata de la ley- es que puede ser objeto de la suspensión liminar” (Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 200).

<sup>747</sup> El Presidente puede solicitar régimen de urgencia para cualquier proyecto de ley de su iniciativa, cuya tramitación en cada una de las casas del Congreso es de cuarenta y cinco días. Por otro lado, nuestra Constitución no prevé el trámite de la medida provisoria como proyecto de ley, como lo hacen otras constituciones, por ej., la Constitución Española vigente en su artículo 86.3 con relación al decreto-ley.

<sup>748</sup> Siendo manifestación del poder de legislar del Ejecutivo, la medida provisoria no se confunde con la simple iniciativa de proyectos de ley, que son apenas propuestas, de eficacia únicamente *interna corporis*.

Por ello que, si el acto normativo es suspendido por inconstitucional, lo que es alcanzado es el propio *proceso de formación de la ley* en su nacimiento, no debiendo producir cualquier efecto jurídico.

Si se acepta referido abordaje anclado en el control de la fuente institucional de producción del derecho, se pueden obviar cuestiones relevantes, pues esta cisión de la medida provisoria entre acto normativo y proyecto de ley es lo que contribuía para que el Presidente de la Republica, mismo frente a decisiones del STF suspendiendo parcial o totalmente el contenido del acto normativo, hiciese reedición de medidas provisionarias<sup>749</sup> mediante la estrategia de inserirles modificaciones textuales, con cuyo artificio prácticamente alejaba la eficacia de las decisiones de la Corte Suprema.

Es cierto que, desde un punto de vista de la teoría general de derecho, ley y medida provisoria son especies normativas ontológicamente distintas. Pero, si se tiene en cuenta la naturaleza excepcional, presupuestos y finalidades de la medida provisoria, el hecho de que debe haber, en principio, una dependencia recíproca entre una y otra, el hecho de que *la ley sólo viene a la luz con la muerte de la medida provisoria*, y que ésta, aunque muerta puede seguir produciendo efectos en las vestes de aquella, que le sucede en el tiempo, se puede percibir lo insatisfactorio que es un control individual sobre las especies, como si fueran categorías jurídicas independientes.

Nuestra conclusión en este tema, por lo tanto, es que el control de constitucionalidad debe incidir, no sobre los productos fraccionados, pero sí sobre el *proceso integral*, desde la edición de la medida provisoria hasta la vigencia de la ley en que se haya convertido. Con ello, no es esencial saber si la ley ha alterado el contenido material de la medida provisoria, tampoco si se trata de una alteración de importancia, tras el ingreso de la acción directa de inconstitucionalidad. Lo esencial es saber si la medida provisoria, cuando la acción fue planteada, vulneraba o no la Constitución Federal; en caso positivo, la inconstitucionalidad formal o material seguiría incidiendo sobre el proceso y contaminaría inevitablemente la ley en que se hubiera convertido.

Por ello, propuesta la acción directa de inconstitucionalidad contra medida provisoria, la alteración de su contenido no exigiría aditamento a la petición inicial para

---

<sup>749</sup> Conforme señala Gilmar Ferreira MENDES, “ese déficit procesal acaba provocando un grande incomodo en el plano material, permitiendo que actos que sufrieran una explicita censura, aunque en sede de cautelar, continúen a vigorar en el ordenamiento jurídico” (*Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 201). Tras la EC 32/2001 el problema tiende a ser menor, visto que el art. 62, par. 7º, de la CF admite sólo una prorrogación por el plazo de sesenta días: “§ 7º Se prorrogará una única vez por igual período la vigencia de medida provisoria que, en el plazo de sesenta días, contado de su publicación, no tuviera su votación encerrada en las dos Casas del Congreso Nacional. (Incluido por la Enmienda Constitucional nº 32, de 2001). Sin embargo, no parece que esté prohibido hacer correcciones puntuales en el texto de la medida provisoria tras su edición. El que la norma referida prohíbe es la prorrogación de la medida provisoria por más de una vez y el § 10 del mismo artículo, a su vez, veda la reedición en la misma sesión legislativa de medida provisoria que haya sido rechazada o que haya perdido su eficacia por decurso del plazo. Así que, sigue siendo posible producirse alteraciones en el texto de la medida provisoria ya vigente, lo que podría ocasionar cambio en las normas y desafiar nuevos problemas de control de constitucionalidad. Por ejemplo, no parece razonable que el Presidente de la República, en constatando la inconstitucionalidad de una norma inserida en medida provisoria, no pudiera editar incluso otra norma por la misma vía revocándola o corrigiéndola, como uno de los intérpretes cualificados de la Constitución en una “sociedad abierta de los intérpretes” (Peter HABERLE). El STF, en la ADI-MC/DF 221, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJU 22.10.1993, no admitió, con todo, la posibilidad de retirada de la medida provisoria por el Presidente de la República y tampoco la corrección de inconstitucionalidad por leyes posteriores, ya que esta es competencia exclusiva de la Corte.

incluir las nuevas normas constantes sólo de la ley<sup>750</sup>. Los límites formales y materiales que la Constitución impone a la medida provisoria no se difuminan con la conversión en ley porque ambas especies son parte de un mismo complejo de producción de normas en las que están interrelacionadas las potestades legislativas del Presidente de la República y del Congreso Nacional<sup>751</sup>. Así que, propuesta la demanda, el Tribunal no se vincula a las normas impugnadas<sup>752</sup> pudiendo enjuiciar libremente la propia ley porque su jurisdicción, lógicamente determinada por la Constitución, al fin y al cabo, le impone la fiscalización sobre la regularidad del uso de la potestad legislativa de cada ente por ella legitimado<sup>753</sup>.

Por las mismas razones, si la acción directa es propuesta ya contra la ley derivada de la medida provisoria, el raciocinio es igual; es decir, aunque sea especie normativa autónoma, esta ley no elimina el hecho de que su existencia real es siempre condicionada a la previa existencia de la medida provisoria y ambas están vinculadas a las exigencias formales y a las reservas constitucionales materiales.

Tema especial y problemático es el relativo al control de los requisitos constitucionales de la **relevancia y urgencia** de la medida provisoria. La jurisprudencia del STF ha sido muy tímida respecto al control de tales requisitos, considerándolos pertenecientes al amplio poder discrecional del Presidente de la República.

Pensamos que, si es cierto que la relevancia es un concepto estrictamente vinculado a la actividad política, donde las decisiones exigen informaciones y consideraciones de utilidad social, en una relación costo/beneficio, que son propios al administrador/gobernante a la hora de adoptar la mejor decisión en beneficio del bien general, no ocurre lo mismo en relación al término urgencia, que posee significado mucho más preciso y, por lo tanto, puede ser controlado judicialmente<sup>754</sup>.

---

<sup>750</sup> El STF reconoce posible la adición o enmiendas a la petición de la acción directa de inconstitucionalidad en el caso de que la medida provisoria haya sido, posteriormente, convertida en ley (ADInQO 258-DF, Rel. Min. Aldir PASSARINHO, DJ, 28.02.1992).

<sup>751</sup> La potestad atribuida al Presidente de la República, no se debe olvidar, es de una competencia legislativa excepcional y sometida a control político del Congreso. Pero, al mismo tiempo que ejerce el control político de rechazo u aprobación, el Congreso Nacional manifiesta su propia potestad legislativa.

<sup>752</sup> Si es cierto que, de acuerdo con los postulados procesales, una norma derogada implica la pérdida de objeto de una demanda de anulación pura y simple, en el caso de control de constitucionalidad de una medida provisoria nos parece que la consecuencia no puede ser tan simple. Es el control político de rechazo a la medida provisoria por el Congreso, que opera tanto sobre sus presupuestos constitucionales como sobre su contenido, simplemente desconforma la medida provisoria eliminándola del orden jurídico como especie normativa, pero no a sus efectos que siguen siendo válidos, pudiendo hacer sobrevivir indefinidamente en el tiempo las relaciones jurídicas bajo ella contraídas, incluso en el caso de que el Congreso no discipline la cuestión por Decreto-Legislativo como manda el art. 62, par. 3º, CF. [“§ 11. No editado el decreto legislativo a que se refiere el § 3º hasta sesenta días tras la rehusa o pérdida de eficacia de medida provisoria, las relaciones jurídicas constituidas y derivadas de actos practicados durante su vigencia se conservaran por ella regidas. (Incluido por la Enmienda Constitucional nº 32, de 2001)]. Así que, propuesta la acción regularmente, el hecho de la medida provisoria ser rechazada por el Congreso no puede implicar pura y simplemente la extinción del proceso. Será preciso verificar si la eficacia de que era portadora ha producido ofensa a la Constitución y declarar la eventual inconstitucionalidad detectada. De no ser así muchas violaciones constitucionales podrían quedar al margen de cualquier control.

<sup>753</sup> Es decir, el control incide sobre la capacidad de normar. En este sentido, sostiene Ronaldo POLETTI, que el control de constitucionalidad exige como condición una estructura de poder, estando el propio instituto fundado en la distinción de Poder Constituyente y poderes constituidos (*Controle da constitucionalidade das leis*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2000, p. 239).

<sup>754</sup> En sede de Medida Cautelar en la ADIn 1753, el STF ha evolucionado para alejar el requisito de urgencia, suspendiendo la eficacia de la Medida Provisoria 1.577, reeditada sucesivas veces, pasando a tener los numeros 1.632, 1.658, 1.703, 1.744, 1.901, 1.997, 2.027, 2.109, 2.183 y, tras la EC 32/2001, 56, de 24.08.2001 (Cfr. Oscar Vilhena VIEIRA, ob. cit. p.167).



Hay en la Constitución ámbitos en el cual el Presidente de la República disfruta amplio poder discrecional para legislar, pero hay otros en que su libertad es más estricta y no admiten el uso de medida provisoria. Como fuente de producción de derecho en sustitución al proceso legislativo ordinario de manera excepcional<sup>755</sup>, su uso debe quedar restringido a supuestos en que la urgencia pueda ser razonablemente demostrable.

El STF, en la MC-ADI n. 4.049, en acórdão publicado en 07.05.2009, ha hecho control de la urgencia en el caso de medida provisoria que abría crédito extraordinario en el presupuesto estatal para pago de gastos simples e inversiones básicas, que evidentemente no se caracterizan por la imprevisibilidad y urgencia<sup>756</sup>.

En la MC-ADI n. 3.964, en acórdão publicado en 10.04.2008, ha suspendido medida provisoria reeditada por el Poder Ejecutivo antes que el Congreso sobre ella deliberase, considerando que la práctica implicaba artificializar los requisitos constitucionales de la relevancia y urgencia<sup>757</sup>.

## 2.4) El Decreto Legislativo

El decreto legislativo en el derecho brasileño tiene la conformación de acto deliberativo del Congreso Nacional, envolviendo práctica de actos concretos de apreciación de materias de su exclusiva competencia relacionadas en el artículo 49 de la Constitución Federal. Se destina a regular asuntos que poseen efectos externos al Congreso Nacional; no dependen de sanción ni se someten a veto presidencial.

La doctrina tradicional lo clasificaba como “leyes a las que la Constitución no exige la remesa al Presidente de la República para su sanción (promulgación o veto)”<sup>758</sup>. La Constitución vigente lo ha considerado como integrante del proceso legislativo (Art. 59, VI, CF)<sup>759</sup>.

Sin embargo, como ha apuntado Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “sobre las materias de competencia exclusiva del Congreso mencionadas en la actual Constitución por el Art. 49, no cabe la normatividad abstracta característica de la ley propiamente dicha”<sup>760</sup>.

De hecho, “los ítem del Art. 49 atribuye al Congreso el “resolver”, “autorizar”, o “permitir”, “aprobar”, “suspender”, “mudar”, “fijar”, “juzgar”, “deliberar”, y sólo la mención a estos verbos ya muestra que se está frente a cuestiones sobre las cuales el

<sup>755</sup> La redacción que la EC 32/2001 ha dado al art. 62 de la CF restringió los poderes del Presidente de la República en la utilización de medidas provisionales, tanto en el aspecto formal cuanto material. Estableció la prohibición de medidas provisionales en tema de nacionalidad, ciudadanía, derechos políticos, partidos políticos, derecho electoral, penal, procesal penal, procesal civil, organización del Judiciario y del Ministerio Público, planos plurianuales, directrices presupuestarias, presupuesto y créditos adicionales, que visen a detención o secuestro de bienes, temas reservados a lei complementar o ya disciplinados en proyecto de ley aprobados por el Congreso Nacional, así como las que impliquen creación o aumento de impuestos etc. Las medidas provisionales pasaron a perder eficacia tras sesenta días de su edición, en caso de que no fuera convertida en ley, siendo permitida una única reedición. Y no siendo aprobada la medida en 45 días, entra en régimen de urgencia, suspendiendo el trámite de otras deliberaciones en el Congreso Nacional.

<sup>756</sup> Fuente: [WWW.stf.jus.br](http://WWW.stf.jus.br) acesado en 14.07.2009.

<sup>757</sup> Idem.

<sup>758</sup> (PONTES DE MIRANDA, *apud* Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *Curso de direito constitucional*, 18ª ed., Saraiva, São Paulo, 1990, p. 186.

<sup>759</sup> El proceso legislativo es conceptuado por la doctrina como conjunto de actos preordenados ordenando la creación de normas de derecho. Son ellos: a) la iniciativa; b) enmiendas; c) votación; d) sanción y veto; e) promulgación y publicación. (Cfr. José Afonso da SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 524).

<sup>760</sup> Ob. cit., p.186.

constituyente quiso dejar la decisión última al Congreso, especialmente como forma de fiscalización del Poder Ejecutivo. Solamente los ítem VII y VIII sobre la fijación de remuneración, respectivamente, de los Diputados y Senadores, y del Presidente y Vice-Presidente de la República son las que dan pie a la edición de normas generales. Las otras hipótesis, apenas a las de normas individuales”<sup>761</sup>.

Por ello, concluye: “la elaboración de normas individuales no es materia considerada como perteneciente al “proceso legislativo”<sup>762</sup>, ni al “proceso normativo” en sentido estricto”<sup>763</sup>.

De entre los decretos legislativo se puede controlar el decreto legislativo que contiene la aprobación del Congreso Nacional a los tratados y autoriza el Presidente de la República a ratificarlos en nombre de Brasil (Art. 49, I, CF).

En tal supuesto es el acto formal que aprueba el tratado y simultáneamente autoriza el Presidente de la República a ratificarlo, pero no posee, todavía, un orden de ejecución del tratado en el territorio nacional, pues sólo tras la promulgación del tratado a través de decreto del Jefe del Ejecutivo es cuando aquel decreto legislativo recibe orden de ejecución, pasando así a ser aplicado de forma general y obligatoria.

Sin embargo, una vez publicado el decreto legislativo, y aunque el tratado todavía no esté vigente, puede ser objeto de control de constitucionalidad en abstracto pues, tratándose de la manifestación expresa del Congreso Nacional de aceptación de normas internacionales es posible que tal deliberación no atienda a la Constitución Federal, justificando que el control de constitucionalidad incida desde luego y no sólo en la última etapa de todo proceso de formación del tratado”<sup>764</sup>.

Debe tenerse en cuenta, además, que, pudiendo transcurrir un plazo no inmediato entre la publicación del decreto legislativo y el decreto presidencial – que puede tardar en ser expedido-, teóricamente es posible impugnar sólo el primer acto, quedando incluso suspendido el decreto del ejecutivo en caso de decisión cautelar del STF. Tal

---

<sup>761</sup> Ídem, p. 186.

<sup>762</sup> Se percibe que, al tratar de proceso legislativo en el art. 59 de la Constitución, el constituyente no ha tomado en consideración las características de la abstracción y generalidad propias de la ley de acuerdo con su concepto clásico; al reunir en un único apartado todas las especies normativas parece haberse inclinado más bien a las consecuencias jurídicas que ellas pueden desplegar en el orden jurídico de manera general. Y, a nuestro parecer, lo hizo bien, pues, a efectos de control de constitucionalidad, como hemos visto, no siempre es posible, *a priori*, decir si una u otra especie normativa posee o no fuerza de ley. Tanto una ley formal puede no disciplinar relaciones en abstracto, como un decreto legislativo o una resolución pueden, efectivamente, ser normas de efectos generales y abstractos; y, por lo tanto, en tal supuesto, mientras la ley no esté sujeta a control, estas últimas pueden perfectamente ser controladas.

<sup>763</sup> Ídem, p. 186.

<sup>764</sup> En este sentido Gilmar Ferreira MENDES, al sostener que el decreto legislativo es pasible de impugnación por la vía de la acción directa de inconstitucionalidad, o aún, de la acción declaratoria de constitucionalidad, defiende que es posible en Brasil un control de carácter preventivo de los tratados (*Controle concentrado de constitucionalidad*, p. 188). El control previo del tratado internacional, dadas las implicaciones que una declaración de inconstitucionalidad conlleva, es siempre más ventajoso. En España, por ejemplo, en donde el art. 95 de la Constitución prescribe que “la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”, sí tiene un control abstracto de constitucionalidad preventivo, a instancia del gobierno o de cualquiera de sus Cámaras. Pero en Brasil, donde existe la posibilidad de impugnación del decreto legislativo que aprueba el tratado antes de que entre en vigor, el problema sólo se pone en el caso de que el Ejecutivo lo promulgue sin que el STF hubiera podido intervenir y suspender su vigencia por medida cautelar. Y ello, en la práctica, parece poco probable que ocurra, ya que son muchos los legitimados para la acción directa de inconstitucionalidad; hoy, incluso los partidos políticos por medio de los cuales actúan las oposiciones (art. 103, CF).

posibilidad viene justificativa en el propio significado del decreto legislativo para el orden jurídico.

En efecto, el Supremo Tribunal Federal en 1997, al apreciar en la ADIn n° 1.480-DF, la constitucionalidad de los actos de incorporación, en el derecho brasileño, de la Convención n° 158 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), ha firmado el entendimiento de que la ejecución de los tratados internacionales y su incorporación al orden jurídico interno derivan de un acto subjetivamente complejo, resultante de la conjugación de dos voluntades homogéneas: la del Congreso Nacional, que se resuelve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acuerdos o actos internacionales y a la del Presidente de la República, que, amén de poder celebrar esos actos de derecho internacional, también dispone – como Jefe de Estado que es – de la competencia para promulgarlos mediante decreto<sup>765</sup>.

Por lo tanto, si el Congreso Nacional resuelve definitivamente dar su consentimiento para la ejecución del tratado, mediante decreto legislativo, este acto formal puede ser objeto de control de constitucionalidad, aunque el tratado no esté aún en vigor. Y ello porque el control tiene como objeto inmediato el decreto legislativo, que en el supuesto ha sido publicado, es acto normativo formal que satisface la exigencia de que haya una norma existente<sup>766</sup> para que la acción directa de inconstitucionalidad pueda ser instaurada<sup>767</sup>.

## **2.5) El decreto legislativo que suspende la ejecución del acto del Ejecutivo, en virtud de incompatibilidad con la ley reglamentada o, todavía, el que tiene en vista la función de suspender los actos normativos del Poder Ejecutivo que salgan del poder reglamentar o de los límites de delegación legislativa (Art. 49, V, CF).**

El poder reglamentar del Ejecutivo en el ordenamiento jurídico brasileño se somete al control político del Congreso Nacional, cuyo acto puede ser suspendido a través de decreto legislativo en caso de que el Presidente de la República: a) a pretexto de disciplinar en los espacios dejados y exigidos por la ley aprobada por el parlamento, disponga sobre cosa distinta o incompatible con ella; b) contraría o extrapole los límites de la ley que se quiere regular<sup>768</sup>.

---

<sup>765</sup> ADIn 1.480-DF., Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU, 18.05.2001 (fuente: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)).

<sup>766</sup> El objeto jurídicamente idóneo de la acción directa son leyes y actos normativos federales y estatales, ya promulgados, editados y publicados (ADIn 466-2, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 10.05.1991, cfr. Gilmar Ferreira MENDES, *in controle concentrado de constitucionalidade*, p. 187).

<sup>767</sup> El decreto legislativo es la expresión del consentimiento del parlamento, que traduce un acto de la soberanía nacional y que, a despecho de no producir efectos jurídicos inmediatos, tiene carácter definitivo y puede ofender a la Constitución. Lo que está en juego, a nuestro ver, es el control jurídico del poder político del Congreso Nacional, de decidir, “resolver definitivamente sobre tratados, acuerdos o actos internacionales que produzcan encargos o compromisos gravosos al patrimonio nacional” (art. 49, I, CF). Debe atenderse que, según los términos constitucionales, mientras al Presidente de la República la Constitución permita “celebrar tratados, convenciones y actos internacionales...” (art. 84, VIII), sólo el Congreso, “exclusivamente” él, puede “resolver”, decidir en carácter definitivo sobre la materia.

<sup>768</sup> En el primer supuesto el reglamento presenta disposición autónoma, regulando una situación enteramente distinta del cuerpo o espíritu de la ley; en el segundo, presenta excesos que igualmente innovan el ordenamiento jurídico. En cualquiera de los supuestos, el acto normativo es inconstitucional. Este último es el fenómeno más frecuente entre nosotros. PONTES DE MIRANDA lo enuncia: “Si el reglamento crea derechos o obligaciones nuevas, extrañas a la ley, o hace revivir derechos, deberes, pretensiones, obligaciones, acciones o excepciones que la ley apagó, es inconstitucional”. Y más: “Siempre que en el reglamento se incluya el que se aleja, para más o para menos, de la ley, es nula, por ser contraria a la ley, la regla jurídica que se intentó incrustar en el sistema jurídico” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti,

El Presidente de la República dispone de competencia privativa para “sancionar, promulgar y hacer publicar las leyes, así como expedir decretos y reglamentos para su fiel ejecución” (Art. 84, IV, CF). El texto constitucional delimita, explícitamente, el sentido restricto de la función reglamentar, es decir, la producción de referidos actos normativos sólo es admisible cuando son requeridos para la “fiel ejecución de la ley”, alejando nuestro derecho la posibilidad de los llamados reglamentos ejecutivos conforme los denomina la doctrina extranjera.

Esta limitación tiene su raíz en el principio constitucional de la legalidad inscripto en el Art. 5º, II, según el cual “nadie puede ser obligado a hacer o dejar de hacer algo sino en virtud de ley”, garantía individual fundamental que obliga el poder público y el Poder Ejecutivo específicamente<sup>769</sup> a someter al Parlamento, como órgano de representación de la soberanía popular, toda y cualquier pretensión que pueda conllevar a la interferencia con la libertad o propiedad de las personas.

Siendo el reglamento acto normativo subordinado, dependiente y decurrente de la ley, un acto secundario que tiene por fin desarrollar o poner en marcha los preceptos legales, sin innovar el orden jurídico, no puede crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones, prescribiendo situaciones no determinadas en la ley<sup>770</sup>. De ahí el poder político del Congreso Nacional en controlar el poder reglamentar del Jefe del Poder Ejecutivo pudiendo suspender sus actos reglamentares cuando considere que se sale de los límites establecidos por la Constitución Federal<sup>771</sup>.

Ahora bien. En los términos constitucionales el Congreso puede suspender cualquier acto normativo del Ejecutivo que, a su juicio, salga del poder reglamentar. Es decir, el acto normativo tanto puede presentar un contenido enteramente desvirtuado del espíritu de la ley, disponiendo sobre cosa diversa, cuando puede simplemente contener excesos o faltas, con relación a los límites materiales a los que estaba vinculado. Y el decreto legislativo por el que se manifiesta tal suspensión puede ser objeto de control por medio de la acción directa de inconstitucionalidad ante el STF.

Así que, si el STF, apreciando el decreto legislativo concluye que no hay inconstitucionalidad en él porque el Poder Ejecutivo efectivamente se ha salido de su poder reglamentar al extrapolar los límites impuestos por la ley, debe preguntarse si a la Corte

---

*Comentarios à constituição de 1967, com a Emenda I, de 1969, 2ª ed., RT, São Paulo, 1974, p.24).* Aunque sea inconstitucional, el STF no admite el control de constitucionalidad en la vía de la acción directa contra reglamentos o actos normativos expedidos para la fiel ejecución de ley, porque en tal supuesto entiende que la cuestión se plantea en el plano de la legalidad y no de la constitucionalidad (ADIn 264/DF; ADIn 763/SP; ADIn 1.253/SP).

<sup>769</sup> También el art. 37 de la Constitución Federal, al determinar: “La Administración Pública directa e indirecta, de cualquiera de los poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de la legalidad...”, refuerza la aplicación plena del principio de la legalidad, fundamento basilar del Estado de Derecho.

<sup>770</sup> Al propósito, Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO sostiene que de la conjugación de los preceptos constitucionales referidos resulta que, en la esfera del derecho público vigora un canon basilar – opuesto a la autonomía de voluntad -, según el cual: lo que, por ley, no está anticipadamente permitido a la Administración, está, *ipso facto*, prohibido, de tal suerte que la Administración, para actuar, depende integralmente de una anterior previsión legal que le faculte o imponga el deber de actuar. Por ello el reglamento, amén de inferior, subordinado, es dependiente de ley. (*Curso de direito administrativo*, 15ª ed., Malheiros, Sao Paulo, 2003, p. 314).

<sup>771</sup> Frecuentemente, el Poder Ejecutivo produce reglamentos de ley entendiendo necesario para su fiel ejecución, sin que el Legislativo tenga condiciones, en la práctica, de contrastar la alegada necesidad o conveniencia por falta de informaciones suficientes, que el Poder Ejecutivo controla. El control político del reglamento por el Legislativo, por ello y por otros motivos de orden político, es casi inexistente entre nosotros, factor que contribuye para la sobrecarga del Judiciario en general.

Suprema cabría declarar inconstitucional el reglamento y si, de este modo, no estará ejerciendo un control del reglamento en confrontación con la ley.

La pertinencia de la cuestión reside en que el Supremo Tribunal Federal tiene un entendimiento muy firme en el sentido de no admitir el control abstracto de actos normativos infra-legales por faltarles una relación inmediata con la Constitución Federal<sup>772</sup>. Por tanto, un decreto reglamentar que simplemente extrapole los parámetros que debería respetar no atendería tal exigencia. Luego, no podría ser controlado en el supuesto supra referido<sup>773</sup>.

Nos parece que la respuesta a la primera indagación, siguiendo la jurisprudencia del STF, es que la Corte no debe, necesariamente, declarar la inconstitucionalidad del acto normativo reglamentar, pues el objeto inmediato del control jurisdiccional es el decreto legislativo. Bastará declarar constitucional el acto del legislativo en suspender la eficacia del acto normativo reglamentar para que ningún efecto jurídico pueda predicarse de éste a partir de la suspensión. De notarse que la invalidez del acto no deriva de la decisión del STF, que sólo reconoce la constitucionalidad del decreto legislativo.

Pero, en cuanto a la segunda cuestión, no hay duda de que, para concluir por la constitucionalidad del decreto legislativo en el caso concreto el Tribunal debe, obligatoriamente, examinar la ley de que el reglamento es dependiente o subordinado y sólo después, a la vista de la inevitable confrontación con el acto normativo, y teniendo los resultados de ese análisis, someter el material cognitivo a la interpretación constitucional, pues sólo será constitucional el acto del legislativo si fuera inconstitucional el acto del Ejecutivo.

Sin embargo, aunque de paso en STF haya de examinar el reglamento con la ley, tal operación se presenta como necesaria y previa a la interpretación constitucional del decreto legislativo. La confrontación final será entre el decreto legislativo y la Constitución, el único parámetro admitido en el control de constitucionalidad de las normas.

Igual control posee el Congreso Nacional en el supuesto semejante de que el Ejecutivo se salga de su poder innovando el orden jurídico al extrapolar los límites de la delegación legislativa<sup>774</sup> que le haya sido otorgada por el parlamento.

También aquí, cuando el Poder Ejecutivo recibe delegación expresa del Congreso Nacional para legislar acerca de materia específica, debiendo actuar vinculado a los términos que le otorga, como si fuera el propio legislador ordinario, su actuación podrá

---

<sup>772</sup> Por ejemplo, en la ADIn 1.253/DF, rel. Min. Carlos VELLOSO, la Corte dijo: “Decreto reglamentar no está sujeto al control de constitucionalidad, dado que si el decreto va amén del contenido de la ley, será ilegalidad y no inconstitucionalidad. Solamente en la hipótesis de no existir ley que preceda el acto reglamentar, será que podría éste ser acusado de inconstitucionalidad” (RTJ 160/806).

<sup>773</sup> La cuestión radica en los límites de la competencia que el STF asigna a sí mismo; si no le compete conocer impugnación de reglamento que excede de la ley, por coherencia ha de limitarse a desestimar la impugnación del decreto legislativo.

<sup>774</sup> La ley delegada será elaborada por el Presidente de la República tras la solicitud al Congreso Nacional, que la otorgará por resolución que deberá especificar sus contenidos y términos de ejercicio, con estricta atención a la prohibición de delegación sobre las materias previstas en el artículo 68 de la Constitución. Podrá la resolución determinar que el Presidente de la República someta el proyecto de ley delegada al Congreso Nacional, en cuyo supuesto el parlamento lo votará en sesión única sin derecho a enmienda (art. 68, par. 3º, CF). Se trata de un instrumento jurídico de muy poca utilidad entre nosotros, dada la circunstancia de que la medida provisoria cumple mejor las necesidades del Ejecutivo, aunque esta, conforme una interpretación lógico-sistemática, no pueda regular situaciones vedadas a la propia ley delegada.

ser contrastada por el Parlamento, que podrá suspender los respectivos actos normativos producidos en disconformidad con los términos de la delegación, por violación de la Constitución.

El uso de este mecanismo de control puede presentar, en la práctica, controversias de naturaleza política, entre Ejecutivo y Legislativo, acerca de lo que constituye el contenido posible de la ley delegada y, consecuentemente, el resultado de esa disputa política puede tener serias implicaciones de orden constitucional.

Esta es la razón por la que referidos decretos legislativos, como productos de las atribuciones deliberativas del Congreso Nacional, en su actividad de control político sobre el Ejecutivo<sup>775</sup>, pueden ser objeto de control de constitucionalidad a través de la acción directa de inconstitucionalidad ante el Supremo Tribunal Federal<sup>776</sup>, actividad en la que la Corte Suprema ejerce la típica función de árbitro entre los poderes<sup>777</sup>.

## **2.6) el Decreto del Jefe del Poder Ejecutivo que promulga Tratados y Convenciones**

El Presidente de la República en Brasil cumple las funciones de Jefe del Poder Ejecutivo y Jefe de Estado y, en el uso de esta última, dispone de competencia no sólo para celebrar tratados, convenciones y actos internacionales, sometiéndolos a referéndum del Congreso Nacional, sino también para promulgar, mediante decreto, referidos actos internacionales tras la decisión del parlamento manifestada por decreto legislativo.

El control de constitucionalidad en abstracto de los tratados y convenciones internacionales tiene como objeto, además del decreto legislativo con el cual el Congreso da su consentimiento para ejecución e incorporación en el derecho interno, el decreto del Presidente de la República<sup>778</sup>, el jefe del Poder Ejecutivo, de lo cual derivan tres efectos básicos: a) la promulgación del tratado internacional; b) la publicación oficial de su texto, y c) la ejecución del acto internacional, que pasa, entonces, a vincular y obligar en el plano del derecho positivo interno<sup>779</sup>.

Hay que observar que en esta situación el decreto presidencial funciona como una norma ejecutiva, un puente, por el que las normas del tratado pueden desplegar efectos

---

<sup>775</sup> Es cierto que el control que el Parlamento ejerce en este caso puede tener – y normalmente lo tendrá– la Constitución como el fundamento, pero seguirá siendo un control de naturaleza política, que apenas suspende la eficacia del acto normativo. Por supuesto, la declaración de inconstitucionalidad y consecuente nulidad del acto sólo podrá ser hecha por el Poder Judicial.

<sup>776</sup> En la ADIn 748, del que fue relator el Ministro CELSO DE MELLO, el STF decidió considerar inconstitucional el decreto legislativo que suspendió la eficacia de acto reglamentar del Poder Ejecutivo, por considerar que no habían sido observados los límites del art. 49, V, de la Constitución (cfr. VELOSO, Zeno, ob. cit. p. 315).

<sup>777</sup> El STF, encargado de la jurisdicción constitucional y órgano máximo del Poder Judicial, como intérprete último de la Constitución, tiene también el cometido inevitable de determinación de los límites de las funciones de los demás poderes del Estado, como ocurre en los Tribunales Constitucionales en general, en casos de conflictos entre ellos (Cfr. TAVARES, André Ramos, *Teoria da justiça constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2005, p. 303).

<sup>778</sup> En la Representación 803, Rel. El Ministro Djaci FALCÃO, DJU de 17.09.1977, en la que el STF reconoció ser inconstitucional en parte la Convención de la Organización Internacional del Trabajo-OIT n° 110, de 1958, declaró la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo n° 33, de 5 de agosto de 1964, que aprobara el tratado, y del Decreto n° 58.826, de 14 de julio de 1966, que la promulgaba (fuente: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)).

<sup>779</sup> ADIn 1.480-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 18.05.2001. Debe registrarse que la Constitución Federal brasileña no dice expresamente que el Presidente de la República debe “promulgar” los tratados aprobados por el Congreso. Con todo, es de su competencia privativa “sancionar, promulgar y hacer publicar las leyes, así como expedir decretos y reglamentos para su fiel ejecución” (art. 84, IV, CF).

jurídicos en el ordenamiento jurídico interno y el control, por lo tanto, incidirá efectivamente sobre las normas del tratado frente a la Constitución Federal<sup>780</sup>. Declarado inconstitucional el decreto – que es el soporte jurídico-formal de aquél-, quedará dañada la validez del tratado respectivo<sup>781</sup>.

Interesante cuestión es saber si el Presidente de la República, tras la entrada en vigor del tratado, puede unilateralmente revocarlo por simple decreto. No se trata de una discusión meramente académica; el STF debate precisamente sobre este tema en la ADIn nº 1.625-UF, Rel. Min. Mauricio Correa, en la que se impugna el Decreto nº 2.100/96 del Presidente de la República.

En el decreto impugnado, el entonces Presidente de la República, Fernando Henrique Cardoso, informa que, a partir de 20 de noviembre de 1997 la Convención 158 de la OIT, que fue adoptada en Ginebra en junio de 1982 y es relativa al término de la relación de empleo por iniciativa del empleador – el llamado despido arbitrario- dejaría de ser cumplida en Brasil.

El juicio ha sido retomado para la presentación del voto-vista del Ministro Nelson Jobim que desestima la acción por entender que “en el sistema constitucional brasileño, la denuncia de tratado internacional es hecha unilateralmente por el Presidente de la República, que es el órgano que representa el país en la acción”<sup>782</sup>.

El relator de la materia, Ministro Mauricio Correa, y el Ministro Carlos Ayres Brito votan estimando la acción en parte. Entienden que, así como el Congreso Nacional ratifica los tratados internacionales, debe ser este el órgano en cuestionarlos. Así, juzgaran que el decreto presidencial en revisión debe tener interpretación conforme al artículo 49, I de la Constitución Federal, de forma que condicione la denuncia de la Convención 158 de la OIT al referéndum del Congreso Nacional.

A nuestro ver, la razón se forma con los últimos Ministros. Como ha dicho el STF en la ADIn 1.480-DF., “es en la Constitución de la República que se debe buscar solución para la cuestión de la incorporación de los actos internacionales al sistema de derecho positivo interno brasileño”; y la Constitución no ha conferido a ninguno de los poderes la prerrogativa de revocar, individualmente, lo que sólo puede existir mediante un ajuste de voluntades<sup>783</sup>.

---

<sup>780</sup> Debe señalarse que en la vía del control difuso el tratado puede ser controlado por el STF, en recurso extraordinario “cuando la decisión recorrida declare” su “inconstitucionalidad” (art. 102, III, letra “b”, CF). Es evidente que, aunque el objeto del RE sea la decisión recurrida, la revisión de su constitucionalidad podrá llevar a la declaración de inconstitucionalidad del tratado con eficacia *inter partes*.

<sup>781</sup> Ello muestra, una vez más, la peculiaridad del control de constitucionalidad de normas, como un control del poder o, como se viene enfatizando, un control en la perspectiva de fuentes del derecho. Desde un punto de vista formal el objeto de control es el decreto de ejecución, pero desde un punto de vista material el control incide sobre la validez del propio tratado. Ello queda muy claro si se tiene en cuenta que, si la inconstitucionalidad incidiera sobre los decretos, lo único que se podría dañar sería su vigencia, nunca la validez material del tratado, acto jurídico distinto de aquél.

<sup>782</sup> Fuente: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>783</sup> Es un principio general de derecho que las normas se revocan, se deshacen del mismo modo que se las crea. Y la característica elemental del acto complejo es el de necesitar de dos o más voluntades para que tenga existencia y validez. En tema de incorporación de tratados internacionales, nuestro derecho sigue la técnica de la “incorporación legislativa”, de la corriente dualista, según la cual se exige una legislación interna propia para que el tratado entre en vigor. Por lo tanto, una vez que el tratado necesita del referendo del Congreso Nacional para entrar en vigor – no autorización preliminar-, su denuncia, como acto jurídico, sólo producirá efectos internos tras el consentimiento parlamentario (Cfr. Arnaldo SUSSEKIND, in *Direito internacional do trabalho*, LTR, São Paulo, 1983, p. 53, y Celso Albuquerque de MELLO, in *Constituições e relações internacionais*, in: *A nova Constituição e o direito internacional*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro,

En efecto, pese a que el Presidente de la República es el único competente para celebrar el tratado internacional (Art. 84, VIII, CF), la concurrencia del Congreso Nacional, mediante referéndum, es obligada por la misma norma constitucional. Aunque pertenezca al Presidente de la República la función de jefe del Estado y en esta condición sea la única autoridad capaz de entablar en el plano administrativo el tratado y consentir en nombre del Estado, firmando obligaciones en el ámbito de las relaciones internacionales, el resultado de esas tratativas está sometido al control referendario del Congreso Nacional que es quien, en rigor, delibera, “resuelve definitivamente” – no sólo opina- sobre la materia<sup>784</sup>.

Un apunte más parece necesario. Es que, de acuerdo con la enmienda Constitucional 45 de 2004, que ha acrecentado el par. 3º al artículo 5º de la Constitución Federal, “los tratados y convenciones internacionales sobre **derechos humanos** que fueren aprobados, en cada casa del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las **enmiendas constitucionales**”.

Se trata de un procedimiento constitucional específico de integración de tratados en materia de derechos humanos en el orden jurídico interno cuyas normas adquieren ahora, explícitamente, estatuto de **normas constitucionales**, gozando de eficacia y aplicabilidad inmediata<sup>785</sup> sin la necesidad de legislación propia para la incorporación al derecho interno.

Una consecuencia evidente de esta innovación constitucional es la posibilidad de existencia de **dos niveles jerárquicos de tratados** en materia de derechos humanos; aquellos aprobados con el procedimiento cualificado, cuyas normas pasarán al rango constitucional, y los otros que, a pesar de aprobados por el Congreso Nacional – y

---

1987, p. 28 e 33). En diversos ordenamientos jurídicos la propia Constitución exige la previa autorización del legislativo como condición de la denuncia de tratados en general, v.g. Suecia (art. 4º, tras las enmiendas de 1976 y 1977), Holanda (91.I), Dinamarca (art. 19.1 de la Constitución de 1953). Argentina, tras la reforma constitucional de 1994, exige que los tratados de protección a los derechos humanos sólo puedan ser denunciados por el Ejecutivo mediante la previa aprobación de dos tercios de los miembros de cada Cámara. España exige la previa autorización de las Cortes Generales a la que el Estado preste su consentimiento para obligarse por medio de tratados sobre materias principales. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación, es decir, se requiere la autorización previa de las Cortes Generales (art. 96.2 y 94, CE). En Alemania, con todo, “la denuncia de un tratado no requiere la participación parlamentaria” (STERN, Klaus, *Derecho del estado de la república federal alemana*, CEC, Madrid, 1987, p. 846).

<sup>784</sup> Si la primera palabra pertenece al Jefe de Estado, la última pertenece a los representantes del pueblo en el Congreso Nacional. Por ello, no coincidimos con aquellos que piensan que el Presidente de la República no está vinculado al decreto legislativo pudiendo no acatar el acto del Parlamento. Llegado el caso de que el Presidente no baje el decreto de “promulgación” –que, acuérdesse, la Constitución no lo exige – pensamos que el decreto legislativo bastará, pues habrá sido satisfecho el procedimiento constitucional en la medida en que el Presidente de la República habrá actuado efectivamente, prestando su voluntad al celebrar el tratado internacional y el Congreso lo homologará en referéndum. Desde un punto de vista estrictamente constitucional, debe apuntarse, no hay necesidad de Promulgación del tratado, aunque ello sea una práctica plenamente aceptada en nuestro derecho constitucional.

<sup>785</sup> La principal consecuencia de esta “equivalencia” con las enmiendas constitucionales, derivada de la identidad del proceso de formación de ambas, es la aplicación incondicional del tratado y convención inmediata a la promulgación y publicación, salvo que el propio legislador constituyente constituido fije otro plazo para la vigencia. El decreto legislativo y el decreto presidencial en este caso no son indispensables para que el tratado entre en vigor en el ordenamiento jurídico interno, aunque, ciertamente, pueda el Poder Ejecutivo prepararse y se adecuarse a las nuevas normas, pudiendo hacer uso de su poder reglamentar general.



promulgados por el Presidente de la República -, no hayan adquirido rango constitucional<sup>786</sup>.

De acuerdo con la jurisprudencia dominante en el STF, los tratados de derechos humanos poseen jerarquía suprallegal, estando por encima de las leis ordinarias, pero por debajo de la Constitución Federal<sup>787</sup>. La superveniencia de nuevos tratados de derechos humanos, introducidos en el ordenamiento jurídico nacional por referido cauce cualificado rompe con ese entendimiento y plantea nuevas reflexiones.

Nos parece obligatorio, frente la nueva regla constitucional, el replanteamiento teórico del tema de la incorporación de los *tratados de derechos humanos* en el derecho interno, pues no sería razonable la idea de que los derechos y garantías que tengan fuente formal en tratados internacionales debidamente incorporados en el orden jurídico interno puedan tener *status infra-constitucional* y, por tanto, vallan menos por no haber obtenido la chacalla cualificada del Congreso Nacional. De ser así, se produciría una clasificación normativa entre derechos y garantías fundamentales según el modo de incorporación formal de la norma y no en función de su naturaleza misma. Y, además, podría permitir a la mayoría parlamentar infravalorar fácilmente referidos tratados relegándolos a condición subalterna de leyes ordinarias, incluso por razones accidentales dada la dificultad momentánea de alcanzar el *quorum* cualificado necesario para la constitucionalización de sus normas.

Por lo tanto, una interpretación evolutiva y sistemática de los artículos 5º, par. 2º, c. c. Art. 1º, III y 4º, II, con el nuevo párrafo (3º) al artículo 5º, conduce a la idea de que el legislador constituido no ha querido proceder a una distinción entre derechos humanos conforme sea el procedimiento interno de incorporación, sino que, al reconocer, fundamentalmente, la dignidad específica de los derechos humanos, les ha atribuido eficacia inmediata en el supuesto de un consenso cualificado en el parlamento ampliando su espectro de protección constitucional.

Esa conclusión representaría el reconocimiento por parte del legislador constituido actual de que el constituyente originario efectivamente hubiera concebido los tratados internacionales de derechos humanos como normas constitucionales, elevandolos al mismo *status* de las enmiendas constitucionales si obedecido el mismo procedimiento

---

<sup>786</sup> Un sector de la doctrina internacional entiende que los tratados internacionales de derechos humanos, ante la regla del art. 5º, par.1º y 2º, c. c. el artículo 1º, II y III, y el artículo 4º, II, de la CF, tienen una naturaleza especial, se integran automáticamente en el derecho interno sin necesidad de interposición legislativa, gozan de efecto directo, tiene eficacia inmediata, son pues, normas constitucionales que prevalecen en el derecho interno conforme el principio de la mayor protección a las víctimas. Sin embargo, el STF entendía – hasta el advenimiento de la EC 45/2004 – que había un único procedimiento al respecto: “La recepción de los tratados internacionales en general y de los acuerdos celebrados por Brasil en el ámbito del MERCOSUR depende, para efecto de su ulterior ejecución en el plano interno, de una sucesión causal y ordenada de actos revestidos de carácter político-jurídico, así definidos: (a) aprobación, por el Congreso Nacional, mediante decreto legislativo, de tales convenciones; (b) ratificación de esos actos internacionales, por el Jefe de Estado, mediante depósito del respectivo instrumento; (c) promulgación de tales acuerdos o tratados, por el Presidente de la República, mediante decreto, con el fin de viabilizar la producción de los siguientes efectos básicos, esenciales a su vigencia doméstica: (1) publicación oficial del texto del tratado y (2) ejecutividad del acto de derecho internacional público, que pasa, entonces - y solamente entonces - a vincular y a obligar en el plano del derecho positivo interno” (CR-AgR 8279/AT-Argentina AG.REG. en la Carta Rogatoria, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 10.08.2000: fuente: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)).

<sup>787</sup> En reciente decisión el STF há reafirmado su jurisprudência respecto a la jerarquía suprallegal de los tratados de derechos humanos, “lo que hace inaplicable la legislação infraconstitucional con él conflitante, sea ella anterior o posterior al acto de adhesión” (RE 349703/RS, Rel. Min. Carlos BRITO, DJ 05.06.2009).

agraviado que la Constitución exige para ellas<sup>788</sup>. Pero los derechos objeto de tratados de la misma especie ya aprobados por el Congreso Nacional en procedimiento común<sup>789</sup>, son tan constitucionales como los otros y despliegan los mismos efectos, no habiendo distinción válida sobre ambos, pues en esencia, son la misma y única cosa.

## **2.7) Actos normativos editados por personas jurídicas de derecho público creadas por la Unión, Estados miembros, Distrito Federal y Municipios así como los *Regimientos Internos* de los Tribunales**

Personas jurídicas de derecho público en Brasil son la Unión, los Estados miembros, el Distrito Federal y los Municipios - entidades territoriales y personas políticas de existencia necesaria para la federación- y las autarquías<sup>790</sup>, entidades dotadas de personalidad jurídica propia, creadas por ley en los cuatro niveles políticos con competencias específicas para el desarrollo de servicios públicos.

Esas autarquías, poseyendo régimen de derecho público y autonomía pueden producir actos normativos, como resoluciones, portarias etc., capaces de exponerse al control de constitucionalidad en abstracto, siempre que tal normatividad sea considerada como poseedora de las características de generalidad y abstracción, es decir, ley en sentido material, que según Marcelo Caetano debe contener “un precepto capaz de valer para una pluralidad indeterminada e indeterminable de hechos (ejecución permanente o de vigencia sucesiva) y que se refiera a una categoría de personas”<sup>791</sup>.

---

<sup>788</sup> Quedaría sin sentido aceptar que el resultado accidental de una votación en dos turnos que no alcanzase tres quintos de los votos del Congreso pudiera representar la desmaterialización de algo que es materialmente constitucional por excelencia como son los derechos y garantías fundamentales, así concebidos históricamente desde la Declaración Francesa (art. 16). Ahora es forzoso concebir a esos tratados, definitivamente, como normas constitucionales con la única diferencia de que sean incorporados al derecho interno a partir de la aprobación del decreto legislativo por el Congreso nacional.

<sup>789</sup> Una diferencia de trato jurídico jerárquico entre esos derechos podría conducir a verdaderos absurdos. Suponiendo que el Congreso Nacional aprobara por el procedimiento de las enmiendas constitucionales un tratado que reconociese como un derecho humano fundamental la prohibición de prisión a una categoría de personas, v.g. los periodistas, éste tendría naturaleza constitucional, desplegando eficacia inmediata y vinculando a todos en el ordenamiento jurídico, mientras que otro tratado idéntico, considerando un derecho fundamental de la persona humana el derecho a una renta mínima mensual, pero aprobado por el procedimiento común, quedaría relegado a la categoría de derecho infra-constitucional, pudiendo, en consecuencia, no prevalecer frente a una ley complementaria, que sería de superior jerarquía considerado su quorum de aprobación.

<sup>790</sup> En el derecho brasileño “autarquía es el servicio autónomo, creado por ley, con personalidad jurídica, patrimonio e ingresos propios, para ejecutar actividades típicas de la administración Pública, cuando estas actividades requieran, para su mejor desarrollo, gestión administrativa y financiera descentralizadas”. (art. 5º, I, Decreto-Ley nº 200/1967). Hay dos especies de autarquías: las autarquías fundacionales, que son la mayoría, en las que está el sustrato patrimonial personalizado y afectado a cierto fin esencial, y las autarquías corporativas, llamadas como autarquías de personas, cuya esencia es representada por los individuos que las integran por inscripción (a veces obligatoria), asociación o adhesión. De esa especie son la OAB (Orden de los Abogados del Brasil), CREA (Consejo Regional de Ingeniería y Arquitectura) etc, que también poseen patrimonio para el desarrollo de sus atribuciones, muchas veces hasta considerable. (Cfr. Araujo, Edmir NETO, *Administração indireta brasileira*, Forense Universitaria, Rio de Janeiro, 1997, p. 40).

<sup>791</sup> Conforme el autor, mientras para la abstracción se requiere directamente la indeterminación de los hechos a los que la norma puede aplicarse, para la generalidad en sentido estricto se exige apenas que respete a una categoría de personas y no a personas individualmente consideradas. (*Manual de ciencia política e direito constitucional*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 160-161).

También los *regimientos internos de los tribunales*, sean los Tribunales Superiores, sean los demás Tribunales<sup>792</sup>, configurado su carácter autónomo, no meramente subsidiario, pueden ser objeto de control de constitucionalidad en la vía de la acción directa.

Tales regimientos constituyen los *estatutos* elaborados por los Tribunales, que en Brasil disponen de *autonomía administrativa y poder normativo* para regular su organización y funcionamiento interno así como establecer reglas de competencia de sus órganos, observadas las normas de proceso y de las garantías procesales de las partes<sup>793</sup>.

A nuestro ver, pueden ser también objeto del control de constitucionalidad los actos editados por órganos del Ministerio Público, federal o estadual, pues, dada la autonomía funcional y administrativa que la Constitución confiere a esta Institución<sup>794</sup>, alguna de sus decisiones fundadas en su autogobierno, pueden eventualmente producir efectos generales y abstractos, mas allá de la simple organización y funcionamiento interno y ofender a la Constitución.

Tampoco se puede olvidar los actos de los Tribunales de Cuentas como dotados de aptitud para introducir comandos subordinantes en el orden jurídico, siendo, por tanto, capaces de quebrantar la Constitución y, por ende, exponerse al control de constitucionalidad.

A igual conclusión se puede llegar en relación a los actos reglamentares producidos por las Agencias Nacionales de regulación de ciertos sectores económico-sociales.

Referidas agencias – un fenómeno reciente en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional- mantienen autonomía en su ámbito propio y son dotadas de amplio poder reglamentar, cuyas competencias permiten la producción de normas de contenidos normativos. De ahí sostienen algunos autores la posibilidad de que referidos actos normativos pudiesen ser objeto de acción directa de inconstitucionalidad ante el Supremo Tribunal Federal<sup>795</sup>, posición que hemos de suscribir sin matices.

---

<sup>792</sup> Debe recordarse de que en Brasil tenemos cuatro Tribunales Superiores: El Supremo Tribunal Federal (STF), el Tribunal Superior de Justicia (TSJ), el Tribunal Superior del Trabajo (TST), el Tribunal Superior Electoral (TSE) y el Tribunal Superior Militar (TSM), todos con sede en la capital Brasilia-DF; por debajo de ellos, tenemos: los Tribunales Regionales Federales, divididos en cinco regiones en todo el país, los cuales son órganos de segundo grado de la Justicia Federal, los Tribunales de Justicia de los Estados miembros, con sede en la capital de cada Estado, órganos de segundo grado de la Justicia local, que es dividida por Comarcas que pueden abarcar varios municipios.

<sup>793</sup> El art. 96 de la CF dispone: “Compete privativamente: I – a los tribunales: a) elegir sus órganos directivos y elaborar sus regimientos internos, con observancia de las normas de proceso y de las garantías procesales de las partes, disponiendo sobre la competencia y el funcionamiento de los respectivos órganos jurisdiccionales y administrativos; b) organizar sus secretarías y servicios auxiliares y los de los juicios que les fueren vinculados, velando por el ejercicio de actividad correccional respectiva; c) proveer, en la forma prevista en esta Constitución, las plazas de juez de carrera de la respectiva jurisdicción; d) proponer la creación de nuevas varas judiciales; e) proveer, mediante concurso público de pruebas, o de pruebas y títulos, obedecido lo dispuesto en el art. 169, párrafo único, las plazas necesarias a la administración de la Justicia, excepto los de confianza así definidos en la ley; f) conceder licencia, ferias y otros alejamientos a sus miembros y a los jueces y servidores que les fueren inmediatamente vinculados...”

<sup>794</sup> El art. 127, par. 2º, prescribe: “Al Ministerio Público es asegurada autonomía funcional y administrativa, pudiendo, observado el dispuesto en el art. 169, proponer al Poder Legislativo, la creación y extinción de sus cargos y servicios auxiliares, proviniéndolos por concurso público de pruebas o de pruebas y títulos, la política remuneratoria y los planos de carera; la ley dispondrá sobre su organización y funcionamiento”.

<sup>795</sup> Es la opinión de Gilmar Ferreira MENDES (in *El control concentrado de constitucionalidad*, p. 216) y de André Ramos TAVARES (in *Teoria da Constituição*, pp. 279-280).

Debe apuntarse que, al contrario de lo que sucede en otros ordenamientos jurídico-constitucionales<sup>796</sup>, entre nosotros la infracción a los *regimientos internos de las casas legislativas* – el Senado Federal, la Cámara de los Diputados y las Asambleas Legislativas de los Estados – no es pasible de control de constitucionalidad<sup>797</sup>.

Tal entendimiento, con todo, merece reservas, puesto que referidas normas, siendo destinadas a la formación de otras, como procedimientos constitucionalmente requeridos para la formación de los actos susceptibles de control, sustancian las reglas del juego democrático en un debido proceso legislativo, cuya fiscalización por el Supremo Tribunal Federal se justifica en nombre de la propia defensa de la minoría parlamentaria, que es la normalmente afectada por el arbitrio de la mayoría<sup>798</sup>.

Suele objetarse la posibilidad de control en tal supuesto porque ello implicaría en un control preventivo de la ley no admitido en nuestro sistema constitucional. Sin embargo, no debe hablarse de control preventivo en la hipótesis, pues en ella la fiscalización no incide sobre la norma generada, el producto de la actividad del parlamento, sino sobre el comportamiento parlamentario que ha vulnerado las reglas materializadas en el regimiento, teniendo en cuenta la importancia de que se reviste la actividad productora de normas<sup>799</sup>.

## **2.8) Otros actos del Poder Ejecutivo con fuerza normativa debidamente aprobados por el Presidente de la República.**

El poder ejecutivo dispondría en el pasado – y todavía dispone- de amplio poder reglamentar en cuyo ámbito pueden situarse actos jurídico-formales de diferentes especies. Entre ellos figuraban los pareceres emitidos por la Consultoría-General de la República<sup>800</sup> que, muchas veces, no se limitaba a la orientación del Jefe del Ejecutivo acerca de cuestiones jurídicas, sino que contenían verdaderas directrices de actuación de la que se desprendía fuerza normativa, innovando el ordenamiento jurídico.

Tales pareceres, sometidos a la consideración del Presidente de la República, cuando recibían su aprobación pasaban a constituir la orientación oficial del Jefe del Ejecutivo sobre la cuestión, vinculando a todos los directamente afectados, regulando una

---

<sup>796</sup> Es el caso de España. Conforme TRUJILLO FERNÁNDEZ, “son residenciables ante la jurisdicción constitucional no sólo los Reglamentos parlamentarios, estatales y autonómicos (art. 27.2 d y f, LOTC) sino también las normas parlamentarias internas dictadas por sus presidentes en el ejercicio de sus funciones interpretadoras e integradoras de aquellos (STC 118/1988, de 20 de junio, FF. JJ. 3 y 4). No se incluyen los reglamentos dictados por otros órganos constitucionales - como el Consejo General del Poder Judicial o el Tribunal Constitucional – y, aunque su impugnabilidad en otra vía es ciertamente dudosa, parece difícil considerarlos también exentos de esta” (RUBIO LLORENTE, 1998) (TRUJILLO FERNÁNDEZ, G., *Recurso de inconstitucionalidad, en Temas básicos de derecho constitucional tomo III, Tribunal constitucional y derechos fundamentales*, Civitas, 2001, p. 38).

<sup>797</sup> Es evidente que no se refiere aquí a la hipótesis de confronto del propio Regimiento (estatuto) con la Constitución Federal, supuesto en que tiene lugar el control abstracto de constitucionalidad.

<sup>798</sup> “Cabe aquí hablar de asegurar un constitucional *due process* en la formación de las leyes y demás actos sujetos a la Justicia Constitucional. Ello es particularmente relevante en cuanto a la observancia de los trámites parlamentares constitucionalmente regulados, porque su infracción significa normalmente la denegación o restricción indebida de los derechos de intervención parlamentaria de la oposición” (MOREIRA, VITAL, *Principio da maioria e principio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*, in Tribunal Constitucional Português, 1995, p. 189).

<sup>799</sup> En este sentido André Ramos TAVARES in *Teoria da Constituição*, p. 279.

<sup>800</sup> La Consultoría-General de la República era un órgano de asesoramiento al Gobierno Federal que ha sido sustituido por la Abogacía General de la Unión, a quien competen hoy las actividades de consultoría y asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo (art.131, CF).

pluralidad indeterminada de situaciones repetibles y, consecuentemente, se expondrían al control de constitucionalidad en la vía abstracta junto al Supremo Tribunal Federal.

En la actualidad, la Abogacía General de la Unión, órgano que no solo defiende los intereses de la Unión en juicio, pero también presta consultoría y asesoría jurídica al Poder Ejecutivo Federal, puede expedir actos normativos de orientación a la Administración Pública Federal<sup>801</sup> capaces de ofender la Constitución y, por lo tanto, exponerse a control de constitucionalidad en vía abstracta.

## **2.9) Las disposiciones de las Constituciones y leyes estatales: el derecho del Distrito Federal**

En el modelo brasileño la soberanía es reservada exclusivamente a la Unión, como representante del Estado en las relaciones internacionales, mientras los Estados miembros sólo disponen de autonomía para crear su orden jurídico, cuyo poder constituyente es decurrente, es decir, subordinado al Poder Constituyente originario, y los límites de su ejercicio constan, expresa o implícitamente, en la Constitución Federal.

Al elaborar y reformar su *Constitución* – así como al editar sus leyes, obviamente – el Estado miembro debe respetar los principios previstos en la Constitución Federal, la ley suprema de todo el orden jurídico federal y en la que todo el derecho positivo asienta su fundamento de validez.

Entre tales principios de observancia obligatoria por los Estados miembros están: a) los llamados principios constitucionales sensibles, expresamente enunciados en el Art. 34, VII de la Constitución Federal<sup>802</sup>; b) el principio de la intangibilidad del núcleo de materias previstas en el Art. 60, par. 4º, de la Constitución Federal, no pasibles de reforma constitucional siquiera por el poder constituyente federal derivado; c) los principios constitucionales establecidos, que son aquellas reglas que revelan, previamente, la materia de organización de los Estados y las normas constitucionales de carácter prohibido, así como los principios de organización política, social y económica que determinan el retraimiento de la autonomía estatal. Pueden ser limitaciones expresas o implícitas, incluso las decurrentes del sistema constitucional aprobado en el Estado brasileño<sup>803</sup>.

---

<sup>801</sup> Lei Complementar nº 73/93, art. 4º, X, XI, XII, XIII y XVIII.

<sup>802</sup> El concepto es acuñado por José Afonso da SILVA, conforme su obra *Curso de Derecho Constitucional Positivo*, Malheiros, São Paulo, 1999, p. 594. Dice el art. 34 de la CF: “La Unión no intervendrá en los Estados ni en el Distrito Federal, excepto para: (...); VII-asegurar la observancia de los siguientes principios constitucionales: a) forma republicana, sistema representativo y régimen democrático; b) derechos de la persona humana; c) autonomía municipal; d) prestación de cuentas de la administración pública, directa y indirecta”.

<sup>803</sup> Principios constitucionales decurrentes del sistema constitucional adoptado por Brasil serían aquellos que derivan de las opciones fundamentales del constituyente y que están fijados positivamente en el texto constitucional, que se imponen a la observancia de los Estados miembros. Por ejemplo: a) del principio federativo deriva la prohibición de que los Estados miembros introduzcan en sus Constituciones reglas que importen en trato desigual en relación a los demás; b) del principio del Estado Democrático de Derecho proviene que las unidades federadas sólo puedan actuar según el principio de la legalidad, la moralidad y del respecto a la dignidad de la persona humana (art. 1º, 5º, II y 37), siguiendo de ello que los Estados miembros deben seguir todos los principios del proceso de formación de las leyes, incluso el de la iniciativa popular, y los de elaboración legislativa, comprendidas las reglas sobre el veto y sanción de proyecto de ley; c) del principio democrático (art. 1º, par. único, CF) resulta que la organización y funcionamiento de los Estados han de respetar en su territorio los derechos fundamentales y sus garantías; d) de los principios del orden económico y social emana el deber de los Estados miembros si organizaren y planearen sus servicios y obras con respecto a los principios de la valorización del trabajo, de la justicia social, de la salud y educación como

De ahí que las disposiciones - las normas- de las Cartas estatales, ellas mismas, limitadas que son, formen parte del objeto de control abstracto por el STF así como las leyes y los actos normativos estatales de manera general.

El Distrito Federal no posee Constitución, pero si *Ley Orgánica*. La Constitución Federal prescribe: “Art. 32. El Distrito Federal, vedada su división en Municipios, se regirá por la ley orgánica, votada en dos turnos con intersticio mínimo de diez días, y aprobada por dos tercios de la Cámara Legislativa, que la promulgará, atendidos los principios establecidos en esta Constitución.”

Referida ley orgánica, igualmente sometida al orden constitucional, es objeto de control de constitucionalidad ante el Supremo Tribunal Federal. Por otro lado, no hay dudas de que las leyes, decretos etc., provenientes del Distrito Federal son sustancialmente idénticos a los actos normativos municipales y estatales, a despecho de su peculiar competencia legislativa<sup>804</sup>, por envolver los ámbitos materiales pertenecientes tanto a los Municipios (Art. 30, CF), como a los Estados miembros (Art. 25, par. 1º, CF)<sup>805</sup>,

Por tanto, referidos actos normativos, cuando editados en el ejercicio de competencias legislativas reservadas a los Estados miembros, son plenamente sindicables por la vía de la acción directa de inconstitucionalidad<sup>806</sup> ante la Suprema Corte Federal. No son objeto de control abstracto, de otra parte, los actos normativos editados por el Distrito Federal en el uso de las competencias legislativas que serían propias del Municipio<sup>807</sup>.

Ello porque, no siendo los actos normativos municipales pasibles de control de constitucionalidad en la vía abstracta directamente ante el STF, se entiende que, por simetría, no cabe acción directa de inconstitucionalidad de acto normativo editado por el Distrito Federal en el ejercicio de aquella competencia reservada a los Municipios.

El Distrito Federal no poseía un subsistema de control abstracto de constitucionalidad como lo tienen todos los estados miembros. Ese *déficit* ha sido colmado con la ley 9.868/99, cuyo artículo 30 ha alterado la Ley de Organización Judicial del Distrito Federal (ley 8.185, de 14.05.1991) acrecentando al artículo 8º dispositivo con el objetivo de admitir, expresamente, el control abstracto de normas vía acción directa de inconstitucionalidad<sup>808</sup>, así como el control abstracto de omisión, en el Tribunal de Justicia.

---

derecho de todos y obligación de las entidades estatales, defensa de la cultura etc. (Cfr. SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, pp. 597-599).

<sup>804</sup> Una diferencia notable en el Distrito Federal es que, mientras los Estados miembros tienen Constitución, a partir de la que estructuran su ordenamiento jurídico, este se rige por la ley orgánica (acuérdesse de que en Brasil el concepto de ley orgánica es distinto de ley complementaria) votada en dos turnos con un intersticio de diez días, debiendo ser aprobada por dos tercios de la Cámara Legislativa, que la promulgará, ateniéndose a los principios establecidos en la Constitución. (art. 32 *caput*, CF).

<sup>805</sup> El párrafo 1º del art. 32 de la Constitución Federal prescribe: “Al Distrito Federal son atribuidas las competencias legislativas reservadas a los Estados y Municipios”.

<sup>806</sup> ADIn 665, rel. Ministro Octavio GALLOTTI, DJU 24.04.1992, p. 5376.

<sup>807</sup> V. g. las ADIn 1.832/DF, rel. Min. Ilmar GALVÃO, DJU 7.08.1998, ADIn 1.812/DF, rel. Min. Ilmar GALVÃO, DJU 4.09.1998, ADIn 209/DF, rel. Min. Sydney SANCHES, DJU 11.09.1998 y ADIn 611-8, rel. Min. Sepúlveda PERTENCE, DJU 11.12.1992, p. 23662.

<sup>808</sup> “Así, en la forma del art. 8º, I, n, de la ley 8.185/91, compete al Tribunal de Justicia procesar y juzgar originariamente la acción directa de inconstitucionalidad de ley o acto normativo del Distrito Federal frente a su Ley Orgánica. En el artículo 8º, par. 3º, la ley 8.185/91 enumera las partes legítimas para proponer la acción directa de inconstitucionalidad: I- el Gobernador del Distrito Federal; II- La mesa de la Cámara Legislativa; III-El Procurador-General de Justicia (Jefe del Ministerio Público del Distrito Federal); IV-El Orden de los Abogados de Brasil, sección del Distrito Federal; V-Las entidades sindicales o de clase, de actuación en el Distrito Federal, demostrando que la pretensión deducida por ellas guarda relación de pertinencia directa con sus objetivos institucionales; VI-los partidos políticos con representación en la

Al preverse que el Tribunal de Justicia local pueda procesar y juzgar originariamente la acción directa de inconstitucionalidad de ley o acto normativo del Distrito Federal, incluso ampliando el control para el supuesto de omisión, este sistema se aventaja en relación al vigente en los Estados miembros, donde no hay, todavía, control de constitucionalidad por omisión.

Aspecto interesante, es que se estructura un control de constitucionalidad cuyo parámetro no es la Constitución, sino una ley, al menos desde el punto de vista jurídico-formal<sup>809</sup>, lo que, si no llega a ser algo de todo nuevo – puesto que la noción de bloque de constitucionalidad<sup>810</sup> permite que ley infra-constitucional también pueda servir de parámetro de control- es la primera vez que una norma de derecho positivo lo instituye expresamente en nuestro derecho.

En conclusión, el control abstracto de normas en la vía de la acción directa de inconstitucionalidad supone: a) **la existencia de la norma**; b) que se trate de **ley o acto en sentido general o abstracto**; c) que esta ley o acto presente un **enfrentamiento directo e inmediato con el texto constitucional**.

Se excluye del control abstracto en esta vía: a) las normas jurídicas privadas; b) leyes formales de efecto concreto (casuísticas); c) actos individuales y concretos; c) reglamentos expedidos para ejecución de ley.

### 3) Legitimación

La Constitución Federal ha conferido legitimidad para la promoción de la acción directa de inconstitucionalidad a: I-el Presidente de la República; II-la Mesa del

---

Cámara Legislativa. El art. 8º, par. 4º, de la referida ley 8.185/91, con las alteraciones ahora introducidas, prevé la intervención obligatoria del Procurador-General de Justicia en todas las acciones directas de constitucionalidad o de inconstitucionalidad, la propia acción de inconstitucionalidad por omisión, la exigencia de quorum de la mayoría absoluta para la declaración de inconstitucionalidad de ley o acto normativo o para suspender su vigencia como decisión de una medida cautelar, y el par. 5º del art. 8º, manda aplicar al proceso y juicio de la acción directa de inconstitucionalidad de ley o acto normativo del Distrito Federal frente a su ley orgánica las normas sobre el proceso y el juicio de la acción directa de inconstitucionalidad ante el STF. Debe notarse que la referencia del art. 8º, par. 4º, inciso I a la acción directa de constitucionalidad no tendría aplicación, puesto que la ley no ha creado referida acción en el ámbito del Distrito Federal; se trataría de una norma procesal, un desdoblamiento del párrafo 4º, un equivoco del legislador (Cfr. VELOSO, Zeno, ob. cit. p. 363-365).

<sup>809</sup> Está bastante claro que el legislador ha equiparado la ley orgánica del Distrito Federal con la Constitución de los Estados miembros teniendo en cuenta la identidad de funciones que ambas poseen en la estructuración de sus ordenamientos jurídicos propios, adoptando, pues, un criterio sustancial, material o no formal de la ley, es decir, siguió el criterio de la competencia de la norma.

<sup>810</sup> En la ADIn 595/ES, DJU de 26.2.2002, el Ministro CELSO DE MELLO hace mención a la doctrina de Jorge Xifra Heras (*Curso de derecho constitucional*, p. 43), en la que el llamado bloque de constitucionalidad como parámetro de control se proyecta, conforme se ha dicho, para amén de la totalidad de las reglas constitucionales meramente escritas y de los principios contemplados, explícita o implícitamente en el cuerpo normativo de la propia Constitución formal, llegando, incluso, a comprender normas de carácter infra-constitucional, concretizando la idea de orden constitucional global (Cfr. BERNARDES, Juliano Taveira, ob. cit. pp.125-126). En España, donde el art. 28 de la LOTC contempla expresamente el llamado bloque de constitucionalidad, imponiendo que “el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieren dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de estas” la noción de bloque de constitucionalidad es muy acentuada y el TC ha incluido en él los estatutos de autonomía (STC 149/1991), los reglamentos parlamentarios (STC 99/1987), la LOFCS (STC 25/1993), la LOFCA (STC 181/1988), la LOREG (STC 154/1988) (*Leyes políticas*, Thompson Aranzadi, Madrid, 2003, p. 99).

Senado Federal; III-la Mesa de la Cámara de los Diputados; IV-la Mesa de Asamblea Legislativa; V-el Gobernador del Estado; VI-el Procurador-General de la República; VII-el Consejo Federal del Orden de los Abogados de Brasil; VIII-partido político con representación en el Congreso Nacional; y, por fin, IX-confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional<sup>811</sup>.

La ley nº 9.868/99, en su artículo 2º, IV y V, ha acrecentado expresamente la legitimidad del Gobernador del Distrito Federal y de la Cámara Legislativa Distrital<sup>812</sup>.

Esta **ampliación significativa** en el rol de los legitimados al ejercicio del control concentrado ha sido un de los más importantes factores de transformación de la jurisdicción constitucional en Brasil<sup>813</sup>. Mientras en el régimen de la Carta de 1967/69 la legitimación activa para la acción directa de inconstitucionalidad pertenecía exclusivamente al Procurador-General de la República, la Constitución de 1988 rompe ese monopolio<sup>814</sup> y promovido una apertura a la instancia de la Corte Suprema que le ha permitido solventar las principales cuestiones constitucionales por medio de este instrumento procesal.

Dos grandes categorías de legitimados han sido distinguidas por el STF: los **legitimados universales**, cuyo papel institucional les autoriza la defensa de la Constitución en cualquier hipótesis, y los **legitimados especiales**, que son los órganos y entidades cuya actuación es restricta a las cuestiones que repercuten directamente sobre su esfera jurídica o de sus miembros y en relación a los cuales pueden actuar con representatividad adecuada<sup>815</sup>.

En la categoría de los universales están: el Presidente de la República, las Mesas del Senado y de la Cámara, el Procurador-General de la República, el Consejo

---

<sup>811</sup> Artículo 103 de la CF.

<sup>812</sup> Pero, antes de la ley 9.868/99, el STF ya reconoció la legitimidad del Gobernador del Distrito Federal para la promoción de la acción directa de inconstitucionalidad (ADIn 645-2, Rel. Ministro Ilmar GALVÃO, DJU 21.02.1992, y ADIn 665, Rel. Ministro Octavio GALLOTTI, DJU 24.04.1992, cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, in *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 146).

<sup>813</sup> La principal nota de esta transformación es la clara opción del constituyente en reforzar el control abstracto de normas en el ordenamiento jurídico brasileño, no sólo cuando aumenta el número de los legitimados, sino también cuando crea el subsistema estadual de control (art. 125, par. 2º, CF) lo que implica, consecuentemente, una lógica disminución de la actividad de control en la vía difusa. Se estima que otorgar de legitimación a diferentes organizaciones sociales y partidos políticos permite que aproximadamente 100 (cien) entes u órganos estén autorizados hoy a deflagrar el control abstracto de normas ante el STF (Cfr. Gilmar Ferreira MENDES, in *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 132).

<sup>814</sup> Desde la creación de la acción directa en 1965 (la representación de inconstitucionalidad) hasta la Carta de 1988, el Procurador-General de la República era el único órgano autorizado a deflagrar la argución de inconstitucionalidad de una ley o acto normativo federal o estadual ante el STF. La Corte Suprema firmó el entendimiento de la plena discreción del Jefe del Ministerio Público Federal en la formación del juicio sobre si debía presentar la representación que le hubiese sido encaminada por personas físicas, jurídicas u órganos públicos (v. g. RTJ, 100:1013, 1982, AgRg en el MS 20.294-7, rel. Ministro Clóvis RAMALHETE, apud BARROSO, Luis Roberto, in *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p.140). Ese monopolio se hacía más problemático porque su titular no tenía garantías políticas pudiendo ser alejado del cargo *ad nutum* por el Presidente de la República. Hoy su destitución por el Presidente de la República depende de la autorización de la mayoría absoluta del Senado Federal (art. 128, par. 2º, CF). Gilmar Ferreira MENDES matiza la existencia de esa “discreción plena” al entendimiento de que, desde los orígenes del instituto de la representación había un poder-deber del Procurador-General de la República de instaurar la representación en caso de duda o controversias sobre la constitucionalidad, sea con el objetivo de ver declarada la inconstitucionalidad, sea con el propósito de ver afirmada la constitucionalidad de la norma, con el que se identificaría la naturaleza doble de la representación (*Controle concentrado de constitucionalidade*, pp. 59-72).

<sup>815</sup> BARROSO, Luis Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 141.



Federal del Orden de los Abogados y partido político con representación en el Congreso Nacional. En la categoría de los especiales se agrupan: el Gobernador del Estado, la Mesa de la Asamblea Legislativa, confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional.

Tal distinción, consolidada por la jurisprudencia del STF sin norma expresa, ha sido justificada en la necesidad de disciplinar la utilización de la acción directa según un criterio del interés y del papel que juegan los autores en el orden constitucional<sup>816</sup>.

Al atribuir legitimidad activa a los Gobernadores del Estado se intentó tutelar mejor el interés en la defensa del régimen federativo en la medida en que, por medio de la acción directa, se permite la evaluación de la constitucionalidad de las leyes federales eventualmente perjudiciales a los intereses de los Estados miembros. Por otro lado, las leyes estatales eventualmente inconstitucionales también están sujetas a la invalidación por el STF a petición del Presidente de la República.

Respecto a los partidos políticos, la Constitución ha seguido la tendencia actual de promoción de la defensa de las minorías<sup>817</sup>, una vez que se les asegura la posibilidad de que acusen la inconstitucionalidad de ley o acto normativo contrarios a los valores democráticos, entre los cuales se incluyen los derechos de participación política de forma plural, sin discriminaciones inconstitucionales.

Mientras a los legitimados universales se reconoce un poder-deber de actuar sin restricciones en una suerte de *defensa objetiva* de la Constitución, en relación a los legitimados especiales se exigen ciertas condiciones. Al Presidente de la República se le reconoce que pueda impugnar actos legislativos que hayan sido promulgados mediante derrumbe de su veto (Art. 66, par. 4º a 7º, CF), pero también puede hacer lo mismo el que haya participado directamente en el proceso de elaboración de la ley mediante iniciativa o sanción<sup>818</sup>.

También las Mesas de la Cámara de los Diputados y del Senado Federal tienen autorización para cuestionar actos normativos pasibles de control por vía de la acción

---

<sup>816</sup> Nuestro derecho sigue la tendencia del control de constitucionalidad en el modelo europeo de deferir legitimación institucional para el control abstracto de normas. Sin embargo, la presencia de los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, sin más (con un único representante, por ej.), además de las entidades de clase de ámbito nacional y las confederaciones, como partes legitimadas, ha permitido amplio acceso a la Corte Suprema de sectores que antes no tenían vez y voz frente a la arbitrariedad del poder político y, especialmente, del legislador. Pese las restricciones que el STF supone al derecho de estas últimas entidades, lo cierto es que no se muestra necesaria la institución de acción popular de control abstracto de constitucionalidad en nuestro sistema, como se ha hecho en otros países (Colombia, Venezuela, Panamá, p. ej.).

<sup>817</sup> La opción brasileña por la defensa de la minoría ha sido peculiar y mucho más acusada que el modelo europeo, como el de Alemania, que exige el mínimo de un tercio de los miembros del Parlamento (art. 93, I, nº. 2 de la Constitución de *Bonn*), o de Austria, que condiciona la legitimación al requerimiento de un tercio de los miembros del Parlamento (*Nationalrat*) o de un tercio de los miembros del Consejo Federal (*Bundesrat*), tras la reforma de 1975 (art. 140, I, de la Constitución), o todavía el de Portugal, que exige por lo menos un décimo de los miembros de la Asamblea de la República (art. 281, II, CRP de 1976) o, por fin, el de España, que establece el mínimo de cincuenta parlamentares, independientemente de ser Diputados o Senadores (Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, in *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 138).

<sup>818</sup> Es cierto que “un juicio seguro sobre la inconstitucionalidad de la ley puede venir a formarse sólo después de la promulgación – y de la vigencia- de la ley, lo que legitima la promoción de la acción aunque el Jefe del Poder Ejecutivo haya puesto su sanción al proyecto de ley aprobado por las Casas Legislativas” (Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, in *O controle concentrado de constitucionalidade*, p. 142). Pero es cierto también, que el Presidente de la República no se vincula a compromisos políticos de gobiernos anteriores manifestados en ley que reputa inconstitucional.

directa, incluso los suyos propios<sup>819</sup> o aún aquellos que el Congreso Nacional pudiese suspender por deliberación exclusiva (Art. 49, V, CF).

El Procurador-General de la República, por tradición y por su propio perfil constitucional<sup>820</sup>, es considerado entre nosotros como uno de los más cualificados defensores de la Constitución<sup>821</sup>, figurando como verdadero catalizador de representaciones de inconstitucionalidad por parte de la sociedad en general, poseyendo libertad en la formación del juicio sobre si promueve o no la acción directa ante el STF. Para él no existe ninguna restricción, pudiendo instaurar el control tanto sobre leyes y actos normativos federales o estatales. Pero, propuesta la acción, nada le impide opinar, posteriormente, por la improcedencia de la acción.

El Consejo Federal del Orden de los Abogados del Brasil es un órgano que tiene una conformación especial en relación a las demás entidades de clase de ámbito nacional<sup>822</sup>, cuyo tratamiento ha llevado a la jurisprudencia a no exigirle ninguna condición especial para la promoción de la acción directa<sup>823</sup>. También el partido político con

---

<sup>819</sup> Es la posición del profesor Luis Roberto BARROSO in *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 142). De esta opinión parece discordar el profesor y Ministro del STF Gilmar Ferreira MENDES, para quien las Mesas de la Cámara de los Diputados y Senado Federal no tienen vocación para cuestionar la constitucionalidad de sus propios actos. Para este autor, la legitimación de las Mesas sólo ganaría significado práctico si se pudiera admitir que la acción directa podría ser utilizada para constatar, positivamente, la constitucionalidad de una ley. A nosotros nos parece que la idea del constituyente ha sido la de permitir que las Mesas puedan controlar los actos normativos del Poder Ejecutivo. Y ello aparece claro si se tiene en cuenta que no siempre el gobierno tiene mayoría en los Parlamentos y, por ende, como las Mesas son elegidas por la mayoría parlamentaria, aunque con la participación de las minorías, lo que se asegura es la legitimación a la oposición parlamentaria. Tampoco se puede olvidar la posibilidad de que una nueva composición parlamentaria pueda cuestionar actos normativos practicados por otra.

<sup>820</sup> El Procurador-General de la República es el Jefe del Ministerio Público de la Unión, que comprende: a) el Ministerio Público Federal; b) el Ministerio Público del Trabajo; c) el Ministerio Público Militar; d) el Ministerio Público del Distrito Federal y Territorial. Es nombrado por el Presidente de la República de entre integrantes de la carrera, mayores de treinta y cinco años, tras la aprobación de su nombre por la mayoría absoluta de los miembros del Senado Federal, para mandato de dos años, permitiéndose la reelección (art. 128, par. 1º, CF).

<sup>821</sup> El artículo 127 de la Constitución Federal define la institución y la triple misión del Ministerio Público brasileño: “El Ministerio Público es una institución permanente, esencial a la función jurisdiccional del Estado, incumbiéndole la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles”. El Ministerio Público se desdobra en dos planos: el de la Unión federal y de los Estados miembros, con las mismas garantías constitucionales y prerrogativas de la Magistratura nacional, es decir, vitalicididad (de por vida), inamovilidad (no transferencia), irreductibilidad de subsidios e independencia funcional (art. 127, par. 1º y art. 128, par. 5º, I, a, b, c, CF).

<sup>822</sup> La doctrina destaca el relevo jurídico-institucional del O.A.B. (Orden de los Abogados de Brasil) a partir del significado histórico de su actuación en el proceso de redemocratización del país, con la inserción de su Consejo Federal en un dispositivo constitucional específico, diverso de aquello en que se cuida de la legitimación de las entidades de clase de ámbito nacional (Cfr. BARROSO, Luis Roberto, in *o controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 142 y MENDES, Gilmar Ferreira, in *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 148).

<sup>823</sup> En la ADIn 3-DF, rel. Ministro MOREIRA ALVES, in RTJ 142/383, firmó el STF: “Tratándose del Consejo Federal del Orden de los Abogados de Brasil, su colocación en el elenco, que se encuentra en el mencionado artículo, y que lo distingue de las demás entidades de clase de ámbito nacional, debe ser interpretada como hecha para permitirle, en la defensa del orden jurídico como el primado de la Constitución Federal, la promoción de la acción directa de inconstitucionalidad contra cualquier acto normativo que pueda ser objeto de esta acción; independientemente del requisito de la pertinencia temática entre su contenido y el interés de los abogados como tales de que el Orden es entidad de clase”. Debe agregarse a tales fundamentos la propia naturaleza jurídica del O.A.B. que, entre nosotros, es de autarquía federal, y su función es considerada por la Constitución como esencial a la administración de la justicia (art. 133, CF). Por tanto, más allá de entidad de clase, es su función institucional que le adscribe un puesto distinto de los demás entes y justifica la dispensa del requisito de la pertinencia temática.

representación en el Congreso Nacional posee legitimación irrestricta, conforme entiende el STF, ni siquiera siendo relevante el hecho de que haya perdido representación en el Congreso Nacional tras propuesta la acción<sup>824</sup>.

Para los integrantes de la categoría de los legitimados especiales, sin embargo, las restricciones se asientan en torno a la noción de *competencia-interés*. A la Mesa de Asamblea Legislativa sólo se admite legitimidad para la acción directa cuando hubiera vínculo objetivo de pertinencia entre la norma impugnada y la competencia de la casa legislativa o del Estado del que ella es el órgano representativo. La acción puede tener por objeto ley o acto normativo emanado del propio Poder por ella integrado y dirigido.

Se pasa lo mismo en relación a los Gobernadores de Estado, cuya actuación en el control directo de constitucionalidad en el plano federal está subordinada a la existencia de una relación de pertinencia entre la norma impugnada y los intereses que a ellos cabe legítimamente tutelar. Sin embargo, pueden proponer acción teniendo por objeto ley o acto normativo originarios de su Estado, de la Unión y hasta de otros estados de la federación, si interfieren ilegítimamente con *competencias* o intereses jurídicamente protegidos de su Estado.

Las entidades de clase han sufrido restricciones en el acceso, pues el STF establece, a partir de los conceptos estritos que utiliza de los términos *ámbito nacional*, *clase* y la propia *composición de las entidades*, las siguientes condiciones: a) *entidad de ámbito nacional*, que la entidad posea miembros de por lo menos nueve estados de la federación, haciendo remisión analógica a la ley de los partidos políticos<sup>825</sup>; b) *clase*, exige que los miembros de la entidad estén ligados entre sí por el ejercicio de la misma actividad económica o profesional. No satisfacen tal exigencia los grupos sociales constituidos circunstancialmente, con miembros pertenecientes a categorías profesionales o económicas diversas, por ausencia de homogeneidad de intereses; finalmente, c) *composición de la entidad*. El STF exigía que la entidad tuviese como miembros los propios integrantes de la clase, sin intermediación de cualquier otro ente los representase. De ahí que no atendían la exigencia de las entidades de que, congregando personas jurídicas, se presentaban como “asociaciones de asociaciones”. Pero la Corte atenúa este rigor para aceptar el carácter de

---

<sup>824</sup> El STF, hasta hace poco tiempo, consideraba que la pérdida supervenientes de la representación del partido político en el Congreso Nacional implicaba la falta de cualidad para la legitimación activa del partido para efecto de control abstracto en la acción directa (Cfr. Informativo del STF, 235-2, agosto de 2001, ADIn 1.063-DF, rel. Ministro CELSO DE MELLO). Pero tal orientación ha cambiado, pasando a entender la Corte que la evaluación de la legitimidad debe hacerse en el momento de la promoción de la acción, siendo irrelevante la ulterior pérdida de representación (Cfr. Informativo del STF, 356, ADIn (AgR) 2.159-DF, rel. Originario Ministro Carlos VELLOSO, rel. para la sentencia Min. Gilmar MENDES. Anteriormente, en el juicio de la ADIn 2.054-QO, el STF ya había concluido que la extinción de la bancada del partido en el Congreso tampoco implicaba perjuicio de la acción (Cfr. BARROSO, Luis Roberto, *in O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, pp. 143-144).

<sup>825</sup> La ley 9.096/95 prescribe: “Art. 7º. El partido político, tras adquirir personalidad jurídica en forma de ley civil, registra su estatuto en el Tribunal Superior Electoral. Par. 1º. Sólo es admitido el registro del estatuto de partido político el que tenga carácter nacional, considerándose como tal aquél que compruebe el apoyo de electores correspondiente a, por lo menos, cincuenta por ciento de los votos dados en la última elección general para la Cámara de los Diputados, no computados los votos en blanco ni los nulos, distribuidos por un tercio, o más, de los Estados, con un mínimo de un décimo por ciento del electorado que haya votado en cada uno de ellos”. Como en la federación brasileña tenemos veintisiete estados miembros, y siendo un tercio igual a nueve, éste es el número mínimo que el partido debe alcanzar, como uno de los requisitos exigidos por la ley referida, para adquirir el carácter nacional.

entidad de clase de ámbito nacional a la que, constituida por asociaciones estatales, tenga el objetivo de defensa de la misma categoría social<sup>826</sup>.

Pero, la mayor restricción que hace el STF en cuanto a la legitimación de las entidades de clase, es la exigencia del requisito de la *pertinencia temática*. Para la evaluación de tal requisito se parte de las *finalidades u objetivos sociales* de la entidad para, a la vista de la norma impugnada, extraer la correlación lógica entre la cuestión versada y su ámbito de interés<sup>827</sup>. Por tanto, la norma impugnada deberá repercutir en la actividad profesional o económica de la clase afectada.

Por fin, en relación a la legitimación de la Confederación Sindical el STF aplica las más severas restricciones: no sólo exige que estén *organizadas* con un mínimo de *tres federaciones* establecidas en, por lo menos, *tres estados*, sino que también les impone el requisito de la *pertinencia temática*. En lo que atañe al primer presupuesto, la Corte sigue la forma de composición mínima de la Confederación prevista en la legislación del trabajo<sup>828</sup> y, además, exige, en cuanto al segundo presupuesto, que haya un vínculo entre los objetivos sociales de la confederación y el alcance de la norma que pretende verse invalidada<sup>829</sup>.

Parte de la doctrina hace crítica a referida jurisprudencia defensiva adoptada por la Corte Suprema<sup>830</sup>. Se argumenta, básicamente, en relación a la legitimación de las entidades de clase de ámbito nacional y de las confederaciones sindicales, que la exigencia de que estén organizadas en por lo menos nueve estados de la federación, como resultado de la aplicación analógica de la ley de los partidos políticos, es de dudosa juridicidad<sup>831</sup>.

En lo que se refiere al requisito de la pertinencia temática se sostiene que, tratándose de una inequívoca restricción al derecho de proposición de acción en proceso de naturaleza objetiva que no deriva de los términos expresos en la Constitución, ni siquiera el

---

<sup>826</sup> El cambio ha sido conducido por el voto del Ministro Sepúlveda PERTENCE en el AgR en la ADIn 3.153-DF, en 12.08.2004, en los siguientes términos: “La entidad es de clase, de la clase reunida en las asociaciones que le son miembros. Su objetivo es la defensa de la misma categoría social. Y el hecho de determinada categoría se agrupar, por mimetismo con la organización federativa del País, en asociaciones correspondientes a cada Estado, y esas asociaciones se reuniren para, por medio de una entidad nacional, perseguir el mismo objetivo institucional de defensa de la clase, a mi ver, no descaracteriza la entidad de grado superior como lo que esta realmente es: una entidad de clase. En el ámbito sindical esto es indiscutible. Las entidades legitimadas a la acción directa son las confederaciones que, por definición, no tienen como asociados personas físicas, sino asociaciones mismas. No veo, entonces, en el ámbito de las asociaciones civis comunes no sindicales, cómo hacer la distinción”. La corte reconoció, por ocho votos a dos, la legitimidad de la Federación Nacional de las Asociaciones de los Productores de Cachaça de Alambique (Fenaca).

<sup>827</sup> El tema de la pertinencia temática se aproxima de la categoría del interés procesal que, conforme la teoría general del proceso, es una de las condiciones de la acción (la posibilidad jurídica, legitimación de las partes y el interés procesal, cfr. art. 267,VI, CPC).

<sup>828</sup> Prescribe la Consolidación de la Legislación del Trabajo-CLT, en su artículo 535: “Las Confederaciones se organizarán con el mínimo de 3 (tres) federaciones y tendrán sede en la Capital de la República”. (v. g., STF, RT, 677/240, ADIn 505-DF., rel., Ministro MOREIRA ALVES).

<sup>829</sup> ADIn 1.151-MG, rel. Ministro MARCO AURELIO, DJU 19.05.1995: “Acción directa de inconstitucionalidad. Legitimación. Confederación sindical. Pertinencia temática. En la acción enjuiciada por entidad sindical, se requiere la legitimación considerada la pertinencia temática, o sea, el nexo entre los objetivos sociales de la confederación y el alcance de norma que pretende verse fulminada”.

<sup>830</sup> Con la expresión jurisprudencia defensiva se quiere aludir a un conjunto de restricciones impuestas por el STF para la admisión del control abstracto de constitucionalidad, una especie de autoprotección de la Corte contra el número excesivo de acciones directas de inconstitucionalidad.

<sup>831</sup> Es lo que piensa Gilmar Ferreira MENDES, in *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 163. Para el autor, la fijación de un criterio preciso sobre entidades de carácter nacional y confederación sindical – conceptos vagos e indeterminados- debe ser hecha por el legislador, no por el Tribunal.

legislador ordinario podría exigirla en el uso de su competencia legislativa federal<sup>832</sup>. Además, agregan, tal restricción crea una injustificada distinción entre los entes y órganos autorizados a proponer la acción<sup>833</sup>.

Se habla, incluso, de que la exigencia de la pertinencia temática implica, todavía, en indeseable miscelánea del proceso objetivo de control abstracto de constitucionalidad con sucedáneo de interés procesal típico de los procesos de índole subjetiva<sup>834</sup>.

Pensamos, sin embargo, que la postura restrictiva del Supremo Tribunal Federal ha de ser examinada en el contexto del sistema de control abstracto de constitucionalidad brasileño tras la Constitución de 1988, en el que, al contrario de lo que sucede en la mayoría de los sistemas europeos, se ha ampliado significativamente la legitimación consagrando un modelo que, si no es el de la legitimación popular, es casi universal.

En efecto, en la medida en que se asegura legitimación a los órganos representativos del Poder Ejecutivo y Legislativo, en los planos federal y estadual, a un órgano independiente de los poderes, al Procurador-General de la República, a un órgano de la llamada sociedad civil, que es el Consejo Federal del Orden de los Abogados de Brasil, y, además, a los partidos políticos con representación incluso singular en el Congreso Nacional, confederación sindical y entidad de clase de ámbito nacional, se promueve el acceso directo a la jurisdicción constitucional a los principales órganos e instituciones de la comunidad política y de interés social, por medio de los cuales se puede alcanzar alta cuota de defensa de la supremacía constitucional.

Se trata de una *legitimación institucional* a ciertos órganos en conformidad con el *papel jurídico-político que desempeñan* en el escenario nacional según intereses determinados. Así que, cuando ejercitan el derecho de proponer la acción directa de inconstitucionalidad, es simplemente imposible que no lleven en consideración intereses subjetivos o concretos<sup>835</sup>, aunque el proceso posea naturaleza objetiva, en el que, suele decirse, no hay partes ni tutela de intereses subjetivos<sup>836</sup>.

---

<sup>832</sup> Ídem, p. 164.

<sup>833</sup> Ídem, p. 165.

<sup>834</sup> BERNARDES, Juliano Taveira, ob. cit. p. 370. Para Gilmar Ferreira MENDES, la exigencia de demostración de interés específico por parte de la entidad de clase de ámbito nacional es incorrecta porque, en relación a la protección de esas organizaciones y para la defensa de los intereses de sus miembros, la Constitución asegura el *mandado de segurança coletivo* (art. 5º, LXX, b), lo cual puede ser utilizado por los sindicatos u organizaciones de clase, o incluso de asociaciones debidamente constituidas hace, por lo menos, un año. (in *Controle concentrado de constitucionalidade*, pp. 164-165).

<sup>835</sup> Es evidente que, habiendo la Constitución o la ley conferido la legitimidad para la acción de control, el interés jurídico está presupuesto, y es siempre público, de toda sociedad. Esto no excluye, sin embargo, que la defensa de la Constitución proteja un interés concreto, en este caso intereses institucionales indisociables. El mismo raciocinio vale para el supuesto en que el Tribunal estima un *mandado de segurança* o un recurso de amparo en defensa de un derecho fundamental declarando una norma inconstitucional: hay doble protección: la defensa de la supremacía constitucional, del interés público en general de protección a derechos fundamentales, pero lo que se asegura inmediatamente es la protección a un derecho subjetivo, de un individuo frente al poder público.

<sup>836</sup> En el proceso de control abstracto de constitucionalidad el Tribunal enjuicia el interés objetivo de defensa de la Constitución. Pero, la propia elección de los legitimados es orientada, en nuestro sistema, en razón de la naturaleza y de las competencias constitucionales que ellos poseen. Y los ejemplos más gráficos de ello son: por un lado, el partido político (legitimado universal) que tiene la función de defensa de la minoría en todo el país, sin restricciones y, por otro, el gobernador de los Estados miembros (legitimado especial), que, por no poseer autoridad más que la que fue concedida por los electores de su Estado, no está capacitado para impugnar ley o acto normativo que no afecte a los intereses del Estado que administra. Parece difícil

Por otro lado, en la medida en que se exige de algunos legitimados, especialmente a las confederaciones y entidades de clase, las condicionantes – de organización y de pertinencia temática – para que intenten la acción directa de inconstitucionalidad, se impiden actuaciones artificiales que, sumada a la alta demanda de procesos hoy existentes en el STF, podrían comprometer el funcionamiento regular de la Corte, en perjuicio de la fuerza normativa de la Constitución.

Si la Constitución asegura el derecho de acción a entidades de carácter nacional, como lo hace, no parece que el Tribunal esté impedido, en la falta de ley escrita, de concretar la exigencia, procediendo a una integración basada en criterio de ley que confiere carácter nacional al partido político. Lo mismo se debe decir en lo que se refiere a los conceptos de *clase* y del *modo de composición* de la entidad, elementos inseparables de la noción de entidad nacional.

Tampoco parece sin razón exigir correlación entre el papel institucional, su finalidad social, con la norma que se pretenda invalidar. De no haber ninguna exigencia al respecto sería posible que una entidad impugnara ante la Corte Suprema toda y cualquier ley o acto normativo proveniente de la Unión o de cualquiera de los veintisiete estados, incluido el Distrito Federal, sin asumir riesgo jurídico-político, pudiendo, por tanto, instrumentalizarse al servicio de intereses político-partidarios<sup>837</sup>.

Estas razones nos parecen suficientes para justificar la diferencia de trato entre los llamados legitimados universales y especiales, dados los distintos papeles y correspondientes responsabilidades que tienen en el ordenamiento jurídico-constitucional<sup>838</sup>.

#### 4) Procedimiento

El procedimiento de la acción directa de inconstitucionalidad, en los términos disciplinados en la ley nº 9.868/99, ha incorporado las principales disposiciones del Regimiento Interno y la larga experiencia del Supremo Tribunal Federal desde la introducción de la acción genérica con la EC 16/65<sup>839</sup>.

Prescribe el artículo 3º de la ley que el autor debe indicar el dispositivo impugnado, los fundamentos jurídicos del pedido en relación a cada una de las

---

sostener, en un Estado Federal, que autoridades elegidas en un estado puedan buscar la anulación de normas que no tienen ninguna relación con los intereses que le son confiados.

<sup>837</sup> No se debe olvidar que las restricciones formuladas por el STF, en relación a los legitimados especiales están enmarcadas en el propio sistema de control de constitucionalidad brasileño, en el que las leyes y actos normativos federales y estatales que afecten a intereses concretos pueden ser objeto de control difuso en cualquier juicio o tribunal. Parece que la opción de la Corte se ha decantado por encaminar a la vía del control difuso las cuestiones constitucionales que afecten principalmente a los intereses institucionales si no hay una proyección o trascendencia de esos intereses.

<sup>838</sup> Bastaría recordar que el Presidente de la República, las Mesas de la Cámara de los Diputados y Senado Federal y el partido político son representantes de la soberanía popular; el Procurador-General de la República es un órgano político-constitucional dotado de independencia funcional y de garantías iguales a las de los Magistrados, y el Consejo Federal del Orden de los Abogados de Brasil es una autarquía federal que congrega el interés de la comunidad nacional de profesionales del derecho. Mientras tanto, a los demás legitimados del art. 103 de la Constitución no se puede presumir, siempre, que actúen en defensa irrestricta de la normatividad constitucional.

<sup>839</sup> Anteriormente, el Regimiento Interno establecía el procedimiento de la acción directa y el STF ha ido construyendo muchas de las reglas de procedimientos que acabaron implantadas en la ley 9.868/99.

impugnaciones y el pedido, con sus especificaciones. Deberá la inicial contener copia del acto impugnado y procuración cuando la pieza sea suscrita por abogado<sup>840</sup>.

En el sistema brasileño no hay plazo para intentar la acción de control abstracto de constitucionalidad, al contrario de lo que ocurre en otros ordenamientos, por ejemplo España respecto al recurso de inconstitucionalidad.

El pedido en la inicial<sup>841</sup> con sus fundamentos jurídicos es un requisito fundamental para la jurisdicción constitucional porque, según la doctrina, de él depende, en determinada medida, la calificación del órgano decisorio como un Tribunal. La forma judicial constituye una característica peculiar que le permite distinguir la actuación de la jurisdicción constitucional de otras actividades, de cuño meramente político.

Por otro lado, es el pedido, con sus especificaciones y fundamentación, el que delimita los límites de la decisión de inconstitucionalidad. Pero el Tribunal no está vinculado a los fundamentos jurídicos elegidos por el autor, pudiendo declarar la inconstitucionalidad de la norma por fundamentos distintos de los alegados<sup>842</sup>, incluso extender la declaración a otros dispositivos no impugnados<sup>843</sup>.

Propuesta la acción, cambios en el pedido, que suele llamarse en Brasil *aditamento a la inicial*, aunque no expresamente previsto en la ley, es posible hasta que no sean requisadas las informaciones a los órganos de que emanó el acto impugnado<sup>844</sup>. Con todo, el desistimiento está expresamente vedado<sup>845</sup>.

Si la petición fuera inepta, no fundamentada o manifiestamente improcedente, será rechazada en carácter liminar por el relator (el Ministro a quien sea distribuido el proceso), de cuya decisión cabrá recurso de *agravo*.

---

<sup>840</sup> El párrafo único del art. 3º de la ley 9.868/99 determina que el autor de la ADIn presente, junto a la petición inicial, en dos vías, copia de la ley o acto impugnado y, cuando la petición sea suscrita por abogado, también de instrumento de procuración. Debe señalarse que el STF considera necesario que la procuración contenga poderes específicos para la promoción de la acción (ADIn 2.187-BA, rel. Min. Octavio GALLOTTI, DJU 27.06.2000). Entiende la Corte, todavía, que el Gobernador de Estado y las demás autoridades y entidades referidas en el art. 103, I a VII, de la CF poseen capacidad procesal plena y disponen, *ex vi* de la propia norma constitucional, de capacidad postulatória (RTJ, 144/3, 1993). Así que, sólo los partidos políticos, las confederaciones sindicales y entidades de clase necesitan de patrocinio por abogado.

<sup>841</sup> Antes de la Carta de 1988, el Procurador-General de la República, el único legitimado a la iniciativa del control concentrado en el STF, podía someter al Tribunal la representación de inconstitucionalidad atendiendo a la orde de personas o entidades públicas o privadas, con parecer contrario en cuanto al mérito (art. 174, par. 1º, R. I., versión de 1970). En 1980 el Regimiento Interno retiró la posibilidad de esa manifestación anticipada, pero admitió que, en caso de duda, pudiera el Procurador-General de la República proponer la representación reservándose para manifestarse sobre el mérito al final del proceso.

<sup>842</sup> En el proceso objetivo de control sólo se exige correlación entre la decisión y el pedido, no estando el Tribunal vinculado a la causa de pedir, o sea, a los fundamentos jurídicos. Es lo que suele llamarse “principio de la causa de pedir abierta”. Habiendo argución de inconstitucionalidad, la Corte dispone de amplios poderes para encontrar en los parámetros constitucionales cualquier fundamento, no sólo los presentados por el autor, sino también aquellos que podrían haber sido formulados y no lo fueron. (Cfr. STF ADInMC 1.358-DF, rel. Ministro Sydney SANCHES, DJU de 26.4.1996, p. 13112 y ADInMC 1.896-DF, rel. Ministro Sydney SANCHES, DJU de 28.5.1999, p. 5).

<sup>843</sup> Es el que suele llamarse inconstitucionalidad por arrastamento (Vg. ADI 2982, ADI 437 y ADI 3.645).

<sup>844</sup> ADIn 437, rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJU 19.02.1993, p. 2031.

<sup>845</sup> Dispone la ley: “Art. 5º. Propuesta la acción directa, no se admitirá desistimiento”. Es decir, aunque no distribuida ni despachada la inicial, el autor pierde disponibilidad sobre la acción, dada la concepción de que “la admisibilidad del control de normas – enseña SÖHN- está vinculada, tan solamente, a una necesidad pública de control (*öffentliches Kontrollbedürfnis*) (MENDES, Gilmar Ferreira, in *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 242).

El *agravo*, conforme resulta de la letra del Art. 4º y su párrafo único, de la ley nº 9.868/99, tiene cabida únicamente de la decisión del ponente, no contra la decisión del pleno que no conozca<sup>846</sup> de la acción<sup>847</sup>.

El relator pedirá informaciones a las autoridades de las que emanó la ley o el acto normativo impugnado<sup>848</sup>, las cuales habrán de hacerlo en el plazo de treinta días. Transcurrido el plazo de las informaciones serán recabadas las manifestaciones del Abogado General de la Unión y del Procurador-General de la República, sucesivamente en el plazo de quince días. Superados esos plazos, el ponente hará su *relatorio*, con copia a todos los Ministros, y pedirá día para juicio.

Asimismo, la ley trae dos previsiones importantes, autorizando que el relator, en caso de necesidad de esclarecimiento de materia o circunstancia de hecho o de notoria insuficiencia de informaciones en el proceso: a) requiera informaciones adicionales, designe *perito o comisión de peritos* para que emitan parecer sobre la cuestión, o todavía para fijar fecha para, en audiencia pública, *oír depoimentos de personas con experiencia y autoridad en la materia*, y b) solicite *informaciones a los Tribunales Superiores*, a los *Tribunales federales y a los Tribunales estaduais* acerca de la aplicación de norma impugnada en el ámbito de su jurisdicción (§ 1º y § 2º del Art. 9º de la ley nº 9.868/99).

El Abogado General de la Unión tiene intervención en el proceso aunque la norma cuestionada no sea federal, ejerciendo una función de defensa objetiva de la presunción de la constitucionalidad<sup>849</sup>. Conforme piensa el STF, se trata de una atribución anómala, que se orienta para la garantía de la contrariedad en la discusión del problema constitucional<sup>850</sup>. Tal intervención irrestricta, a nuestro ver, no es justificable.

Prevé el Art. 103, par. 3º de la Constitución Federal: “Cuando el Supremo Tribunal Federal aprecie la constitucionalidad, en tesis, de norma legal o acto normativo, citará, previamente, el Abogado-General de la Unión, que defenderá el acto o texto impugnado”. Es cierto que la Constitución impone al Abogado-General de la Unión el deber de defensa de la norma impugnada, un deber específico por el cual se intenta asegurar un mínimo de contradicción al proceso de control abstracto de constitucionalidad.

La opción del constituyente de dictar en el plano constitucional una regla de proceso, fundada en el interés de la preservación del carácter jurisdiccional del control de

---

<sup>846</sup> El *conocimiento* de la acción entre nosotros es la decisión, en la fase de admisibilidad de las acciones o recursos procesales, en la que se entiende satisfechas las condiciones legales de la acción o de los requisitos y presupuestos procesales. Se trata de un juicio procesal que no atañe a la materia de fondo y, por lo tanto, no produce cosa juzgada material. Habiendo el STF, en pleno, rechazado la petición inicial, nada impide que, satisfechas las exigencias legales, se intente otra acción, ya que en el nuestro sistema de control abstracto de normas no hay prescripción o decadencia.

<sup>847</sup> STF, ADIn (AgQO) 2.073, Rel. Ministro MOREIRA ALVES, 24.11.2000, p. 89.

<sup>848</sup> El control abstracto de constitucionalidad sólo es posible frente a actos normativos emanados del poder público (STF, RTJ 164/506). En caso de ser ley, que es acto complejo, se exige, entre nosotros, la información del órgano legislativo y del Jefe del Ejecutivo, si la hubiere sancionado.

<sup>849</sup> STF, RTJ 164/506, 1998, 747/178, 1998, y RTJ 164/506, 1998.

<sup>850</sup> El Ministro Sepúlveda PERTENCE ha distinguido, en la ADIn 72-ES (QO), de la que fue relator, que mientras al Ministerio Público Federal se pide parecer, cabiéndole, según su convicción, “decir de derecho”, libremente, por la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto cuestionado, “al Abogado-General de la Unión se le requiere que sea el vehículo de la manifestación en los autos de los argumentos posibles a favor de la validez de la norma impugnada: no pugna imparcialmente por la Constitución, pero también en el interés público le incumbe ser parcial y, por ello, garante de la contradicción de la discusión del problema constitucional puesto. Misión noble, que a nadie puede disminuir” (RTJ 131/961).



constitucionalidad abstracto<sup>851</sup>, radicaba lógicamente en el riesgo de que una norma pudiera ser declarada inconstitucional, a instancias de órganos o entidades de la sociedad civil, sin la participación del poder público en el proceso cuya finalidad es desconstituir el producto de sus manifestaciones. Si la acción es propuesta contra una norma federal, parece que la intervención del Abogado-General de la Unión en defensa del producto emanado del Gobierno Federal es lógica, pues la representación judicial de la Unión es precisamente su cometido constitucional.

Pero nada justifica que, frente acciones directas propuestas contra una *norma estadual* deba aquella autoridad federal ser llamada a defenderla<sup>852</sup>, sustituyendo a los Procuradores de los Estados y del Distrito Federal, a los cuales la Constitución ha conferido la misión de la representación judicial de los intereses de tales entes, o el propio Gobernador del Estado, quien posee legitimación para la defensa de normas estaduais.

Si la finalidad de la norma constitucional es únicamente la de asegurar la contrariedad procesal, evitando, pues, la unilateralidad del proceso abstracto de control, no se puede negar, por otro lado, que el propio llamamiento al proceso de las autoridades productoras del acto impugnado cumpliría mejor referida función, incluso sin el riesgo de actuaciones artificiales, pues en caso de acción propuesta por el Presidente de la República, el Abogado-General de la Unión tendría que defender la constitucionalidad de norma que el Jefe del Poder Ejecutivo entiende inconstitucional<sup>853</sup>.

El STF, sin embargo, sigue entendiendo como obligada la defensa del acto impugnado por el Abogado-General de la Unión sin distinguir entre leyes y actos normativos federales o estaduais<sup>854</sup>; solamente ha evolucionado en su jurisprudencia para excluir la obligatoriedad de defensa en los casos en que la Corte ya hubiere fijado el entendimiento por la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

En relación al Procurador-General de la República, su audiencia previa en las acciones de inconstitucionalidad resulta del expreso comando del Art. 103, par. 1º de la Constitución Federal, que además lo impone, no sólo en aquellos procesos, sino en todos los procesos de competencia del Supremo Tribunal Federal. Su posición en el proceso es

---

<sup>851</sup> La presencia de la contradicción es la característica más peculiar de un proceso judicial de partes en los sistemas de derecho positivo, desde los tiempos más remotos. Pero, en los procesos, dichos objetivos de control de constitucionalidad, donde no hay necesariamente defensa de interés subjetivo, suele decirse que se trata de un proceso sin partes, precisamente en el sentido de que sólo se admite un contradictorio mitigado, en el que normalmente intervienen los órganos que participaron de la elaboración de la norma.

<sup>852</sup> Aunque el STF entienda que la función de defensa de la presunción objetiva de la constitucionalidad de la norma no es incompatible con el ejercicio normal de las funciones (art. 131, CF) centradas en la defensa de intereses subjetivos de la Unión (RT. 670/200), no hay como ocultar que, si hay razón para defensa, tal sólo puede consistir en defensa de la norma concretamente impugnada y, si la norma no pertenece al ámbito federal, la intervención de la Unión no garantiza la contradicción que se quiere asegurar.

<sup>853</sup> Extraña situación en que el Abogado-General de la Unión, que es el encargado de la defensa de los intereses gubernamentales del Ejecutivo en juicio y fuera de él (art. 131, CF), habría que contestar la acción propuesta por el Presidente de la República y Jefe del mismo Poder Ejecutivo (art. 103, I, CF). Por más que se intente contornear la situación, la paradoja es notable, pues, conforme ha dicho Gilmar MENDES, “En principio no se puede exigir que órgano instituido por la Constitución se vea en la contingencia de propugnar por legitimidad de actos contrarios al ordenamiento básico, en flagrante ofensa al postulado de la fidelidad constitucional. Si la respuesta pudiese ser afirmativa, tendríamos de reconocer que la Constitución brasileña acabó por instituir la Abogacía de la Inconstitucionalidad...” “No se puede, libremente, dar rienda suelta a la creatividad, so pena de producir verdaderas teratologías” (in *O controle concentrado de constitucionalidad*, p. 249).

<sup>854</sup> STF, ADIn (QO) 97-RO, rel. Min. MOREIRA ALVES, DJU 30.03.1990; ADIn (QO) 72-ES, rel. Min. Sepúlveda PERTENCE, DJU 25.05.1990; ADIn (MC) 1.254-RJ, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 14.08.1996.

de *defensor de la Constitución Federal, de fiscal del orden jurídico constitucional*, cabiéndole opinar, siempre, por la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada con *plena libertad funcional*.

Dada su legitimación para la promoción de la acción directa de inconstitucionalidad, tal como está previsto en el Art. 103, VI, CF, se plantea la cuestión sobre la necesidad de su intervención como *custos legis* en caso de que figure como el propio autor de la acción. Se argumenta que el artículo 103, par. 1º sólo tendría aplicación en caso de que el Procurador-General no sea el propio impulsador de la acción, pues en tal supuesto su manifestación, su opinión, los fundamentos jurídicos del pedido ya habrán sido deducidos en la inicial<sup>855</sup>.

Pero, el STF sigue, en la línea del derecho anterior, entendiéndolo que la manifestación del Procurador-General de la República es siempre debida, aunque él mismo haya propuesto la acción, ya que tal circunstancia no impide que, tras el pronunciamiento de las autoridades y órganos que deben intervenir en el proceso, pueda revisar su anterior entendimiento y postular la improcedencia – desestimación- de la acción directa, considerando la norma constitucional<sup>856</sup>.

Pensamos que, si en el pasado, cuando el Procurador-General era el único legitimado para la acción, podría justificarse su intervención posterior en acciones que hubiese promovido acogiendo representaciones que le eran enderezadas por órganos, autoridades o personas individuales, hoy esa doble intervención ya no es plausible. Ello porque aquella praxis, en que el Procurador-General de la República hacía llegar representaciones al STF casi automáticamente, no existe más y, por otro lado, con la amplitud de la legitimidad a partidos políticos, confederaciones sindicales y asociaciones de la sociedad civil, las demandas hacia aquella autoridad han disminuido mucho.

El Procurador-General de la República, como guardia cualificado de la Constitución, actúa en nombre de toda la República en la búsqueda de la promoción y perfeccionamiento del orden jurídico constitucional, incluso velando por la jurisdicción del propio Supremo Tribunal Federal, donde tiene asiento permanente, lo mismo que ocurre respecto a los demás órganos del Ministerio Público brasileño en los juicios y tribunales, sentando a la derecha y en el mismo plano del Ministro Presidente de la Corte Suprema.

No es admisible la *intervención de terceros* en el proceso abstracto de control de constitucionalidad en el sistema brasileño (Art. 7º de la ley 9.868/99). Sin embargo, el relator, considerando la relevancia de la materia y la representatividad de los requirentes, podrá admitir la manifestación de otros órganos o entidades, el que suele llamarse *amicus curia* (§ 2º del Art. 7º de la ley 9.868/99).

Habiendo pedido de medida cautelar, el relator, teniendo en cuenta la *relevancia de la materia y su especial significado para el orden social y seguridad jurídica*, podrá, tras recabadas las informaciones y la manifestación del Abogado-General de la Unión y del Procurador-General de la República, someter el proceso directamente al Tribunal, que tendrá la facultad de juzgar definitivamente la cuestión de fondo (Art. 12 de la ley nº 98.868/99).

---

<sup>855</sup> Así piensan Rogerio Lauria TUCCI y Jose Rogerio CRUZE TUCCI, in *Constituição e processo*, Saraiva, Sao Paulo, 1989, p. 107 y Zeno VELLOSO in *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, p. 90).

<sup>856</sup> En su voto en la ADIN 97-RO (QO), en el que fue relator el Ministro MOREIRA ALVES, se sostiene que el Procurador-General de la República defiende la rigurosa observación de la Constitución, aunque, como fiscal de la aplicación de la ley, tenga que se manifestar por la inconstitucionalidad del acto normativo objeto de la acción directa, cierto como es que, ocupando esa posición en ese proceso objetivo, puede él, a final, manifestarse en contra de la inconstitucionalidad que ha demandado en la inicial” (RTJ 131/472).

El *quorum* exigido para que el Pleno del Supremo Tribunal Federal decida las acciones de control abstracto concentrado de constitucionalidad es de ocho miembros. La decisión por la inconstitucionalidad o la declaración de constitucionalidad exige mayoría absoluta de sus componentes, es decir, seis de sus Ministros (artículos 22 y 23 de la ley y Art. 173-RISTF)<sup>857</sup>.

#### 4.1) La medida cautelar

El instituto de la medida cautelar en las acciones directas de inconstitucionalidad viene expresamente establecido en la Constitución Federal<sup>858</sup>. La ley 9.868/99 ha regulado ampliamente la materia, habiendo cambiado, incluso, la orientación del STF, al exigir ahora la previa audiencia de las autoridades u órganos de los cuales emanó el acto normativo impugnado<sup>859</sup>, facultando, aún, la *sustentación oral* a sus representantes judiciales<sup>860</sup>, salvo en caso de excepcional urgencia, cuando tal manifestación previa podrá ser dispensada<sup>861</sup>.

Podrá el *relator* (ponente), si lo entiende indispensable, oír el Abogado-General de la Unión y el Procurador-General de la República<sup>862</sup>. El *quorum* de decisión es de mayoría absoluta de los miembros del Tribunal, desde que presentes en la sesión por lo menos ocho Ministros<sup>863</sup>, salvo que el pedido haya llegado en el Tribunal durante el receso – de 20 de diciembre a 1º de enero-, cuando la decisión será del Ministro Presidente, cuya decisión queda sometida a la confirmación por el pleno en la primera sesión ordinaria<sup>864</sup>.

El legislador ha optado por una decisión colegiada, dada las repercusiones de la cautelar para el ordenamiento jurídico. Sin embargo, de las reglas contenidas en el Art. 10, cabeza, y Art. 10, § 3º de la ley 9.868/99, combinado con el Art. 21, V del RISTF es posible que, en caso de excepcional urgencia, el Ministro relator conceda la medida cautelar *inaudita altera pars*, sometiendo su decisión al pleno en la primera sesión, pues, aunque el Art. 10, § 3º de la ley referida solo haga mención al Tribunal – y no al relator, no hay razones lógicas para aceptar que la competencia fuera exclusiva del pleno, cuando es cierto que la competencia singular del Ministro es una fracción de la competencia de la Corte que habrá de refrendar, o no, la decisión cautelar, pudiendo reemplazarla<sup>865</sup>.

Sus requisitos, según firme jurisprudencia, son los mismos de toda medida cautelar, es decir, la plausibilidad jurídica de la tesis (el *fumus boni iuris*) y la posibilidad

<sup>857</sup> Esta exigencia de mayoría absoluta, que es precepto constitucional extendido a todos los tribunales (art. 97, CF), aconseja que el STF delibere cuando estén presentes un número mayor de Ministros, superior a los ocho previsto en el artículo 22 de la ley, a fin de evitar el impase que surgiría caso el *score* fuera inferior a seis votos, supuesto en que no se declararía ni una cosa ni otra. De ahí los frecuentes adiamientos.

<sup>858</sup> Art. 102, I, p, CF.

<sup>859</sup> Art. 10, cabeza, de la ley 9.868/99. Tal providencia se justifica plenamente en función de la eficacia *erga omnes* y efecto vinculante de la cautelar. Sin embargo, la providencia es una facultad del ponente.

<sup>860</sup> Art. 10, par. 2º, ley 9.868/99.

<sup>861</sup> Art. 10, par. 3º, de la ley 9.868/99.

<sup>862</sup> Art. 10, par. 1º de la ley 9.868/99.

<sup>863</sup> Es decir, como el Tribunal es compuesto de 11 (once) ministros, ocho es el *quorum* mínimo para deliberación del pedido de cautelar y seis es el *quorum* mínimo de decisión, si no se alcanza el mínimo de seis votos, se considera que la cautelar ha sido negada.

<sup>864</sup> La excepción consta del art. 10 de la ley 9.868/99 y en el art.13, VIII, del RISTF.

<sup>865</sup> El Presidente de la Corte suele ser el encargado en períodos de receso y vacaciones (en los meses de enero y julio) y sus decisiones liminares son llevadas al Pleno en la primera sección ordinaria para *referendum* o no (RISTF art. 13, VIII, Vg. ADI 3929, rel. Min. Hellen GRACIE, DJ 02.08.2007). Fuera de este período el STF tiene admitido la competencia del relator del proceso (MS 27.088-MC, Min. Eros GRAU y ADI 4.102-MC, Min. MARCO AURELIO).

de perjuicio al ordenamiento constitucional decurrente del retraso de la decisión requerida (el *periculum in mora*). Pero, el STF exige más: que los daños emergentes de los propios actos impugnados sean irreparables o insoportables<sup>866</sup> y que la medida sea necesaria para garantizar ulterior eficacia de la decisión final<sup>867</sup>.

Se trata de providencia de carácter excepcional que implica la suspensión temporal de la eficacia de la norma impugnada hasta el juicio del mérito de la acción. Pero el STF tiene determinado, en algunos casos, otros tipos de providencia, como por ejemplo la suspensión de procesos en los que se esté discutiendo la constitucionalidad de la misma norma<sup>868</sup>.

Interesante cuestión es la de si el Tribunal puede deferir medida cautelar *ex officio*. La ley no considera tal posibilidad, habiendo el legislador seguido el principio de que, también en la medida cautelar, se haría necesario el pedido del autor. Sin embargo, nos parece perfectamente posible que el Tribunal, a propuesta de cualquiera de sus Ministros, adopte la medida cautelar que considere necesaria para asegurar la eficacia de la decisión final aunque el autor no la haya pedido, especialmente tras la manifestación de los órganos o autoridades, el Abogado General de la Unión y el Procurador-General de la República.

Tras el planteamiento de la acción, pueden darse situaciones en que, si la norma impugnada sigue eficaz, sus efectos pueden interferir en el cumplimiento de otras decisiones ya proferidas por el Tribunal en el ámbito del control concentrado<sup>869</sup>. De ahí que en nombre de la preservación de su competencia o garantía de la autoridad de sus juzgados nos parece posible que el STF suspenda la eficacia de norma que incumpla las decisiones que haya adoptado en el ámbito del proceso de la ADIn, aunque nadie lo pida<sup>870</sup>.

El proveimiento cautelar, con la suspensión de la eficacia de la norma, hace aplicable la legislación anterior acaso existente, salvo que el STF decida lo contrario<sup>871</sup>. El

---

<sup>866</sup> Por ello, el tardío planteamiento de la acción, cuando ya ha transcurrido el plazo considerable de la vigencia y eficacia de la norma impugnada, no permite generalmente, hablar de *periculum in mora*, desautorizando la medida cautelar (STF, RTJ, 152/692, 1995; Adin 1.935-3-RO, rel. Min. MARCO AURELIO, DJU 11.06.1999, p. 8. Sin embargo, la Corte entiende que, a veces, “es posible utilizar el criterio de conveniencia, en lugar del *periculum in mora*, para la concesión de la medida cautelar” (ADIn MC 1.087-5-RJ, rel. MOREIRA ALVES, DJU 7.04.1995).

<sup>867</sup> STF, RTJ 130/5, 1989; RDA, 178/75, 1989.

<sup>868</sup> El STF considera que la concesión de la medida cautelar debe importar en la suspensión del juicio de cualquier proceso en curso ante aquella Corte hasta la decisión final en la acción directa (QO en el RE 168.277-RS, rel. Ministro Ilmar GALVAO, DJU de 29.05.1998 y RE 232.896-PA, rel. Ministro Carlos VELLOSO, Inf. STF, 131/2, marzo de 1999). Ya en el juicio de la QO en la ADIn 1.244-4-SP, rel. Ministro NERI DA SILVEIRA, DJU de 28.05.1999, el STF determinó la suspensión, hasta el juicio del mérito, del proceso en la Justicia Federal de primera instancia y del pagamiento en él ordenado; Recl. 2.653, rel. Min. Cezar PELUZO, DJ 02.08.2004).

<sup>869</sup> Ejemplo típico podría ser el de una norma que tiene fundamento de validez en otra declarada inconstitucional por el STF, o todavía la que se tornara incompatible con aquella decisión.

<sup>870</sup> Si la Corte anula o suspende la eficacia de una norma por inconstitucional en un proceso de naturaleza objetiva, la eficacia *erga omnes* y efecto vinculante de esta decisión se comunican al ordenamiento jurídico como un todo y no es necesario que alguien le pida, necesariamente, para defender la competencia y autoridad de sus decisiones en un proceso al que esté sometido. De no ser así, la propia Corte podría correr el riesgo de sucumbir frente a decisiones arbitrarias del poder político, que imposibilitara su regular funcionamiento, sin que tuviera ningún remedio jurídico eficaz.

<sup>871</sup> El riesgo de inseguridad puede ser evaluado cuando se tiene en cuenta que no hay, en nuestro sistema, plazo alguno para la promoción de la acción directa de inconstitucionalidad (prescripción o decadencia), circunstancia que favorece la posibilidad de que la suspensión de eficacia cautelar de una antigua ley pos-constitucional pueda traer de vuelta la legislación del siglo pasado.

legislador parte de la premisa lógica de que, si una ley vigente y aplicable es revocada por una ley posteriormente declarada inconstitucional por el Tribunal, aquella revocación ha sido inválida y, por tanto, hay que restaurar la vigencia y eficacia de la norma preexistente y indebidamente revocada<sup>872</sup>.

Debe anotarse que tal consecuencia podrá no ocurrir si la norma que sería restaurada fuera inconstitucional o si fuera difícil su adecuación a la realidad de los tiempos actuales, el que suele ocurrir en supuesto de norma muy antigua y revocada ya a muchos años, cuyo renacimiento podría implicar en inseguridad jurídica.

Cuestión interesante es la de saber si el Tribunal, al no restablecer la ley anterior por inconstitucional, no estaría, de cierta forma, enjuiciando de oficio una norma que no fue impugnada. Cabe preguntarse: ¿podría la Corte conocer la constitucionalidad de norma anterior no impugnada?<sup>873</sup>

A nuestro ver, la decisión sobre la restauración o no de la norma anterior, típica de la función de un Tribunal Constitucional, es marcada por la necesidad pragmática de imprimir coherencia lógica al ordenamiento jurídico. De efecto, se trata de una medida de naturaleza legislativa<sup>874</sup> provisorio por la que se intenta evitar vacíos jurídicos legales derivados de la desaparición de la norma impugnada. No hay, en tal supuesto un juicio sobre la constitucionalidad de la norma anterior, sino sólo una revisión acerca de la adecuación de su regreso al ordenamiento jurídico.

El STF entiende que *la declaración de inconstitucionalidad de la norma anterior* exige pedido expreso del autor so pena de no conocimiento de la ADIn. Parece correcto el entendimiento si se considera que la vuelta de la ley revocada al ordenamiento jurídico es automática y que para impedir su vigencia sería necesario declararla también inconstitucional.

Así, teniendo en cuenta la necesidad de que la norma anterior sea compatible con el ordenamiento jurídico actual, no parece de recibo que el Tribunal deba rechazar siempre y siempre la acción por falta de pedido expreso del autor cuanto a inconstitucionalidad de la ley anterior. Ello solo es justificable en el supuesto de que la norma objeto de la acción hubiese revocado, expresamente, la norma anterior, ya que en tal caso el autor podría conocer el desdoblamiento lógico y formular, coherentemente, el

---

<sup>872</sup> Esta solución no es extraña en el derecho comparado, aunque sólo en el juicio de mérito. En Austria, el Art. 139.6 de la Constitución prevé que, anulada por el Tribunal Constitucional una ley, por inconstitucionalidad, vuelven a entrar en vigor, en el mismo día en que surta efecto la invalidación, salvo que la sentencia haya dispuesto otra cosa, las disposiciones legales que habían sido revocadas por la ley que el Tribunal haya declarado inconstitucional, debiendo especificarse, además, en la publicación relativa a la anulación de la ley, si vuelve a entrar en vigor alguna disposición legal y, en caso afirmativo, cuales. En Portugal, la Constitución, en el Art. 282.1, prescribe que la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad con fuerza obligatoria general produce efectos desde la entrada en vigor de la norma declarada inconstitucional o ilegal y determina la restauración de las normas que ella, eventualmente, haya revocado. El Art. 282.4 autoriza al Tribunal a fijar los efectos de la inconstitucionalidad o de la ilegalidad con alcance más restricto (Cfr. VELOSO, Zeno, *in Controle jurisdiccional de constitucionalidade*, p. 102).

<sup>873</sup> Por ocasión del trámite del proyecto de la ley 9.868/99 en la Cámara de los Diputados, ésta fue una de las críticas presentadas por los Diputados Jarbas LIMA y Aldo ARANTES al artículo 11, par. 2º. Pero las enmiendas presentadas para excluir el dispositivo no prosperaron (Cfr. VELOSO, Zeno, *in Controle jurisdiccional de constitucionalidade*, p. 102).

<sup>874</sup> Conforme enseña TAVARES, refiriéndose a la función legislativa del Tribunal Constitucional, hay diversas especies de actuación, tales como: a)competencia para elaborar leyes; b)control preventivo de las leyes; c)control de las omisiones legislativas inconstitucionales; d)decisiones aditivas, reductoras y sustitutivas; e)elaboración de su regimiento interno (TAVARES, André Ramos, *in Teoria da Constituição*, p. 327).

pedido de declaración de inconstitucionalidad de la norma anterior<sup>875</sup>, se tratando, pues, de una hipótesis de declaración de inconstitucionalidad necesaria<sup>876</sup>.

La medida cautelar, dotada de eficacia contra todos, según la ley, será concedida con efecto *ex nunc*, salvo que el Tribunal entienda de concederle eficacia retroactiva. Visto que el proveimiento de la medida cautelar atinge y priva la eficacia de la norma hasta entonces válida y eficaz, tal decisión, en principio, no tiene efecto retroactivo, debiendo considerarse válidos todos los efectos jurídicos que ha producido en el ordenamiento jurídico hasta la fecha. Consecuencia de ello es que, si acaso fuese juzgada improcedente (desestimada) la acción, la norma recobrará la eficacia suspendida<sup>877</sup>.

Pero, el efecto *ex nunc* ni siempre es suficiente para asegurar la utilidad del proveimiento jurisdiccional final en la acción directa de inconstitucionalidad. Las características de la norma impugnada y de las relaciones jurídicas que se han establecidas bajo su vigencia pueden exigir una eficacia retroactiva, que suspenda la norma como forma de impedir, de manera provisoria, los efectos jurídicos que estén dañando el ordenamiento jurídico<sup>878</sup>.

El problema de la eficacia *ex tunc* está íntimamente ligado a la inexistencia de plazo para la promoción de las acciones de control abstracto de constitucionalidad. Es posible, en nuestro sistema, cuestionar en cualquier momento una norma vigente que haya revocado una norma anterior que, a su vez, haya revocado otras y así sucesivamente. Por ello, el Tribunal dispone de la facultad de retroceder el efecto *ex tunc* conforme a las necesidades en cada caso concreto, contingencia que requiere reflexión y sensibilidad casuísticas.

Concedida la cautelar, el Supremo Tribunal Federal hará publicar la parte dispositiva de la decisión en el Diario de la Justicia de la Unión, término a partir del cual pasa a obligar, solicitando informaciones a la autoridad de la que emanó el acto<sup>879</sup>.

---

<sup>875</sup> Debe notarse que en Portugal, donde la vuelta de la norma anterior es automática, el Tribunal puede decidir, sin embargo, en sentido contrario, esto es, recusar referidos efectos (Cfr. AC. TC 56/84), pues tal solución puede revelarse irrazonable, por ejemplo, en caso de inconstitucionalidad superveniente (Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes, ob. cit. p. 903, nota 33).

<sup>876</sup> En el Derecho Procesal Constitucional, dice CANOTILHO, “pueden existir inconstitucionalidades consecuenciales o por arrastramiento, justificadas por la conexión o interdependencia de ciertos preceptos específicamente impugnados” (Ob. cit. p. 863). En el caso de norma declarada inconstitucional que revocara expresamente norma anterior la extensión del juicio sobre esta última es una consecuencia necesaria del deber del Tribunal de defender la supremacía constitucional y el orden jurídico como un todo.

<sup>877</sup> Debe entenderse que, cesada la suspensión de la eficacia, ésta vuelve a entrar en vigor a partir de la sentencia de desestimación de la acción, lo que quiere decir que durante el período en que ha estado suspensa la norma no se podrá admitir ninguno efecto jurídico obligatorio.

<sup>878</sup> El Ministro MOREIRA ALVES, en la ADI-MC 596, DJ de 22.11.91, ante una ley que agotara sus efectos así que entrara en vigor, pero que tenía repercusión indirecta en el futuro por desconstitución de actos en el pretérito (es decir, revocaba efectos de otra norma), ha concedido la medida cautelar con eficacia *ex tunc*, pues no se podría suspender para el futuro el que ya había se agotado. En el mismo sentido la ADI 1.610, Rel. Min. Sidney SANCHES, DJ 05.12.97. En el sector tributario o penal, por ejemplo, la suspensión *ex nunc* de norma creadora de tributo, o de tipo penal, inconstitucionales no tutela adecuadamente el principio de la igualdad, pues permitiría trato distinto en situaciones jurídicas idénticas caso si reconociese la validez de las exacciones o imputaciones penales anteriores y la no validez de las posteriores a la medida. En la Adin 1.089/94, el STF adoptó el efecto *ex tunc* suspendiendo la eficacia de convenio, para no permitir el cobro de impuesto de circulación de mercancías en cuanto a las parcelas celebradas por las compañías aéreas con los gobiernos estatales (Suspensión de Segurança nº 726-2-AM, *apud* MARTINS, Ives Gandra da Silva, in *Controle concentrado de constitucionalidad*, p. 300).

<sup>879</sup> Si las informaciones preliminares ya hubieran sido prestadas, pueden las autoridades simplemente reproducir lo que antes dijeron. Pero el STF puede dejar de requisar nuevamente las informaciones, pues son innecesarias.

Habiendo de proyectarse la decisión para situaciones pretéritas, el efecto *ex tunc* deberá constar expresamente en la sentencia<sup>880</sup>.

#### 4.2) Efecto vinculante de la cautelar

El efecto vinculante de la medida cautelar no está explícito, ni en la Constitución Federal ni en la ley 9.868/99 que, en relación a la Adin, sólo contempla la eficacia contra todos<sup>881</sup>. A consecuencia de ello, la decisión del STF que suspende una norma provisoriamente, en sede de acción directa de inconstitucionalidad, no tendría fuerza suficiente para obligar a todos los órganos públicos<sup>882</sup>.

Sin embargo, tras el reconocimiento por el STF de que la medida cautelar proferida en acción declaratoria tiene, no sólo eficacia *erga omnes*, sino también efecto vinculante<sup>883</sup>, dado el entendimiento de que tanto en aquél tipo de acción como en la que tiene como finalidad la declaración de inconstitucionalidad hay *un carácter doble* o ambivalente<sup>884</sup>, por el cual se llega al mismo objetivo de protección a la normatividad constitucional, ya no parece sostenible la tesis que niega igual efecto a la medida cautelar en acción directa de inconstitucionalidad.

Al admitir la medida cautelar en la acción declaratoria de constitucionalidad para suspender los procesos judiciales o administrativos en los cuales estuviera en discusión la aplicación de la norma cuestionada<sup>885</sup>, el STF confirió a tal decisión un efecto que trascendía a la simple eficacia *erga omnes*<sup>886</sup>.

Si el razonamiento central de aquél entendimiento se asentara en la idea de coherencia y armonía necesarias en la aplicación de las normas constitucionales por los diversos órganos judiciales, tutelando la seguridad jurídica, lo mismo habría de aplicarse, por extensión lógica, a la cautelar de la acción directa, hermana gemela de la acción declaratoria de constitucionalidad<sup>887</sup>.

<sup>880</sup> ADIn 1.434-SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, RTJ, 164/506).

<sup>881</sup> Mientras en relación a la ADC la ley autoriza el STF, por decisión de la mayoría absoluta de sus miembros, a deferir pedido de medida cautelar, consistente en la determinación de que los jueces y los Tribunales suspendan el juzgamiento de los procesos que envuelvan la aplicación de la ley o del acto normativo objeto de la acción hasta su juzgamiento definitivo (Art.21 de la ley 9.868/99), en relación a la medida cautelar de la ADIn sólo prevé eficacia general (Art. 11, par. 1º de la ley 9.868/9).

<sup>882</sup> El efecto vinculante en nuestro sistema de control de constitucionalidad afecta a los órganos del Poder Judicial y a la Administración Pública directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal, no al Poder Legislativo (Art. 102, par. 2º, CF).

<sup>883</sup> Es lo que quedó decidido en la ADC 4-DF, Rel. Ministro Sydney SANCHES, DJU de 21.05.1999.

<sup>884</sup> Este carácter doble o ambivalente es explícito en la ley 9.868/99: “Art. 24. Proclamada la constitucionalidad, se juzgará improcedente la acción directa o improcedente eventual acción declaratoria; y, proclamada la inconstitucionalidad, se juzgará procedente la acción directa o improcedente eventual acción declaratoria”.

<sup>885</sup> STF-ADC-4-DF, Rel. Ministro Sydney SANCHES, DJU de 21.05.1999. Hoy el Art. 21 de la ley 9.868/99 lo prevé expresamente.

<sup>886</sup> Ello porque, se deber recordar, la medida cautelar en aquel tipo de acción, cuyo objeto es afirmar la constitucionalidad de una norma que esté siendo impugnada por inconstitucional ante los tribunales, implica la suspensión de los juicios de los procesos judiciales en que la norma sea aplicable e, incluso, en la ADC 4, ha tenido un efecto de casación de decisiones en sentido contrario ya adoptadas, anulando además efectos futuros de esas decisiones.

<sup>887</sup> El STF, en el juzgamiento de QO en la ADIn 1.244-4-SP, Rel. Min. NERI DA SILVEIRA, DJU 28.05.1999, p. 3, deliberó “determinar la suspensión, hasta el juzgamiento final de la acción, del proceso en la Justicia Federal de Primera Instancia y del pagamiento en él ordenado”. En la QO en el RE 168.277-RS, Rel. Min. Ilmar GALVÃO, DJU 29.05.1998, y también en el RE 232.896-PA, Rel. Min. Carlos VELLOSO, Inf. STF, 141/2, marzo de 1999, la Suprema Corte ha determinado la suspensión del trámite de todo proceso

A nadie puede convencer que una decisión de la más alta Corte de Justicia del país, que tiene el cometido de máximo intérprete de la Constitución Federal, pueda ser contravenida por la Administración Pública o por el Poder Judicial. Por esas razones, el STF ha reconocido expresamente el efecto vinculante a la medida cautelar y concedido medida liminar en representación contra tribunal que había concedido beneficio fundado en ley que tuviera su eficacia anteriormente suspendida por la Corte Suprema<sup>888</sup>.

#### 4.3) Consecuencia del rechazo de la cautelar

En caso de que el STF niegue la suspensión cautelar de la norma impugnada en acción directa de inconstitucionalidad se plantea la cuestión de la repercusión de esta decisión. Es decir, ¿están, o no, impedidos los jueces y tribunales, además de los poderes públicos, de seguir decidiendo, *en la vía del control difuso*, sobre la constitucionalidad de la norma?

La respuesta más lógica es positiva. Es decir, si el STF, en un juicio preliminar, no encuentra justificaciones válidas para suspender la eficacia de norma impugnada en acción directa de inconstitucionalidad es porque la considera constitucional y, por tanto, no es posible que las instancias ordinarias decidan en sentido contrario, pues si así procediesen estarían usurpando la competencia ya firmada de la Corte Suprema. Pero parece igualmente lógica la conclusión opuesta, pues si el Tribunal simplemente rechaza el pedido de suspensión cautelar de la norma, no hay alteración en el ordenamiento jurídico y, por tanto, nada impide que los demás jueces y tribunales la declaren inconstitucional en el ámbito del control difuso.

De hecho, parece que la posición predominante en el STF es la de reconocer el efecto vinculante solo a las medidas cautelares concedidas en la ADI y ADC, no a las resoluciones que las rechazan<sup>889</sup>.

Esta interesante cuestión ha ganado importancia tras el surgimiento y desarrollo de la acción declaratoria de constitucionalidad, sobre la que se hablará adelante. Dada la finalidad de aquel tipo de acción – que es la de eliminar la incertidumbre en la interpretación y aplicación de la norma – hiciera necesario dotar al STF del instrumento de la medida cautelar por la que podría suspender, con efecto vinculante, todos los procesos judiciales en los que se estuviese discutiendo, en la vía del control difuso, la aplicación de la norma objeto de la acción declaratoria de constitucionalidad.

Así que, la pregunta planteada no es vana y podría ser profundizada en los siguientes términos: ¿Por qué sólo cuando el Tribunal concede la medida cautelar en la ADC se admite el efecto vinculante, y no se habla de vinculación cuando la Corte niega la cautelar en ADI, si ambas acciones poseen la misma finalidad, son acciones ambivalentes, aunque una vise afirmar la constitucionalidad y la otra a expulsar la norma del ordenamiento?

---

ante el STF, hasta la decisión en acción directa (Cfr. BARROSO, Luis Roberto, *in O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 167).

<sup>888</sup> En la Reclamación 2.256-1, Rel. Ministro Gilmar MENDES, DJU de 22.04.2003, el STF reconoció expresamente el efecto vinculante de la cautelar y otorgó liminar para suspender decisión del Tribunal de Justicia del Estado del Río Grande del Norte, que hubiera concedido un beneficio en *mandado de segurança* en base a la norma que fuera antes suspendida provisoriamente por la Corte.

<sup>889</sup> En la Recl-AgR 3233-SP, Rel. Min. Carlos BRITO, Primera Turma, DJ 28.03.2008 el STF ha dicho expresamente: “solamente en las decisiones que conceden las liminares en ADI y ADC se dotan de efecto vinculante”. En el mismo sentido, la Recl-Agr 3423-SP, Primera Turma, DJ 01.08.2008 (fuente: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)).



El problema, a nuestro ver, encuentra solución en el modo de la *fundamentación de la decisión cautelar*. Casos hay en que el pedido de suspensión de la eficacia del acto impugnado es pura y simplemente rechazado por falta de atención a presupuestos procesales, sin que el Tribunal entre a conocer acerca de la alegada inconstitucionalidad y de los riesgos que la vigencia de la norma pueda ocasionar al ordenamiento jurídico antes de la sentencia final de mérito. Otras situaciones, sin embargo, demuestran que el Tribunal efectivamente delibera sobre la legitimidad de la norma cuestionada, aunque en un juicio preliminar sucinto; en tal caso puede sostenerse que la decisión que niega la suspensión de la eficacia de la norma en tal supuesto posee efecto vinculante<sup>890</sup>.

En efecto, si la norma cuestionada revocara otra norma que había concedido ventajas legales y constitucionales en favor del contribuyente, por ejemplo, la decisión que niega la suspensión cautelar de la ley revocadora, por entender el Tribunal que no hay riesgos al ordenamiento jurídico constitucional en su manutención, en esta resolución de rechazo hay un juicio, aunque provisional, acerca de la constitucionalidad de la norma, no se tratando de un juicio simplemente negativo<sup>891</sup>.

El campo propio sobre el que incide, por definición, el efecto vinculante, es lo de los fundamentos de la sentencia<sup>892</sup>. Así que, si la liminar ha sido negada por haber transcurrido mucho tiempo desde la edición de la norma o porque no hay relevancia en la cuestión jurídica, no parece aceptable que tal decisión – que no presenta contenido sustancial – haya de desplegar cualquier efecto en relación a los demás órganos públicos.

Por otro lado, si el Tribunal entra a examinar el *fumus boni juris*, es decir, si hace consideraciones acerca de la legitimidad de la norma y sobre el riesgo al ordenamiento jurídico y no la considera, *a priori*, inconstitucional, rechazando el pedido de medida cautelar, en esta decisión empieza el juicio de conocimiento de la materia de fondo,

---

<sup>890</sup> En la Reclamación 2.121, el relator Ministro Nelson JOBIM del STF otorgó medida liminar requerida por la Fundación Universidad de Brasilia contra decisión del juez de la 9ª Vara Federal de la Sección Judicial del Distrito Federal que había juzgado procedente acción de cobro de importancia relativa a prestación de servicio de energía eléctrica. La reclamante sostenía que la decisión del juicio referido ofendía a la decisión anterior del STF, proferida en la ADIn 1.104, que negara la medida cautelar que visaba suspender la eficacia de la ley n° 464, de 22.06.1993, que hubiera eximido de tasas y tarifas por el suministro de agua y energía eléctrica a las entidades asistenciales y beneméritas, declaradas de utilidad pública. Decía la reclamante que el STF, aunque en un juicio preliminar, rechazara la inconstitucionalidad de la norma que le beneficiaba y, por lo tanto, no podrían las instancias ordinarias deliberar en sentido contrario. El relator entendió que aquella decisión que negara la cautelar no se trataba de una simple decisión de rechazo por ausencia de presupuestos formales, sino que el Tribunal alejó la ilegitimidad de la ley en cuestión. Reconoció, de esta manera, que al negar la liminar en la cautelar, el Tribunal, a *contrario sensu*, declaró la constitucionalidad de la ley 464/93 que, así, continuaba operando normalmente sus efectos jurídicos. A final suspendió la eficacia de la decisión mencionada y de todas las decisiones de todo y cualquier acto de ella resultante (MENDES, Gilmar Ferreira, in *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 549).

<sup>891</sup> Parece claro, en el ejemplo, que el tribunal, no desconociendo las repercusiones que la suspensión de la eficacia de la norma produciría para el ordenamiento jurídico, no quiso asumir el riesgo de desorganización en el sistema tributario y, por ello, ha impedido la vuelta de la ley revocada al ordenamiento. Y esto ya es parte del mérito de la acción de control de constitucionalidad de normas políticas, papel propio del Tribunal Constitucional.

<sup>892</sup> Mientras la eficacia de la cosa juzgada incide sobre el dispositivo de la decisión (fallo de la sentencia), el efecto vinculante incide sobre sus fundamentos (*tragende Gründe*, en la expresión alemana – Art. 31 de la LOTC alemán), y que la LOTC español, en su Art. 38.1 utiliza en relación con las sentencias recaídas en los procedimientos de control de inconstitucionalidad y en los conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de estas entre sí (Art. 61.3).

*adelantando una parcela del juzgamiento final*<sup>893</sup> y, como consecuencia, no parece posible considerarla desprovista de cualquier efecto vinculante<sup>894</sup>.

Puede concluirse de esas consideraciones que, a partir de la disciplina normativa y los nuevos enfoques conferidos a la medida cautelar en la acción declaratoria de constitucionalidad, el carácter doble que conforma las acciones directas y declaratorias puede extenderse, en ciertos supuestos, a las decisiones que niegan la suspensión cautelar de norma en ADI, abriéndose una perspectiva más amplia para el juicio del STF en cuanto a los efectos de esas decisiones instrumentales.

De esta manera, si se confiere a la decisión negativa de cautelar en ADI el efecto vinculante atribuido a la decisión que concede la cautelar de la ADC – que al fin y al cabo reconducen al reconocimiento provisorio de la constitucionalidad –, se logra un *innegable perfeccionamiento del control abstracto y una mayor racionalización en la relación entre los sistemas de control concentrado y difuso de constitucionalidad*<sup>895</sup>, en la medida en que, por una parte, se asegura la competencia antes admitida por el STF y, por consecuencia, se impide conflictos de pronunciamientos entre instancias jurisdiccionales distintas acerca de un mismo objeto y parámetro constitucional, generadores de grave inseguridad jurídica<sup>896</sup>.

Respecto al juzgamiento de la cautelar, hay que señalar, por último, que el Supremo Tribunal Federal delibera – siempre- en sección plenaria, abierta al público<sup>897</sup> y los legitimados y otros, desde que regularmente admitidos en el proceso, pueden sostener oralmente sus posiciones en la causa, por el plazo del regimento.

Tras el *relatorio* (informe del proceso) por el Ministro ponente y la sustentación oral de los interesados, si hubiere, se inicia la votación por el ponente, siguiendo el orden inversa de antigüedad en la Corte, de los Ministros más recientes a los más antiguos. El Presidente vota siempre en las materias constitucionales y las decisiones se dan por mayoría absoluta de votos, es decir, seis votos.

## 5) Efectos

La Constitución Federal de 1988 no preveía eficacia contra todos a las sentencias estimatorias en la acción de inconstitucionalidad por el Supremo Tribunal Federal, sólo lo hacía respecto a la acción declaratoria de constitucionalidad. Pero, la reciente Enmienda Constitucional 45/2004, adoptada en la llamada reforma del Poder Judicial, unificó, en el plano constitucional, la incidencia de la eficacia *erga omnes* y

---

<sup>893</sup> En el juicio sobre los requisitos de la plausibilidad del derecho (constitucional) y el *periculum in mora* de medida cautelar en una acción que se destina a anular una norma, la declaración de falta de plausibilidad y de riesgo para el ordenamiento constitucional es casi el reconocimiento anticipado de la constitucionalidad.

<sup>894</sup> Debe anotarse que la medida cautelar, tal como es concebida y utilizada en la praxis del Tribunal, ha sido un instrumento formidable de solución provisorio de inconstitucionalidades, pero las acciones perduran en el tiempo. Difícilmente una norma considerada *a priori* inconstitucional restauraría su eficacia en decisión de mérito, aunque ello no sea imposible. Con esto, la medida cautelar tiende a ser definitiva.

<sup>895</sup> Al resaltar esa nueva faceta de la relación entre los sistemas, Gilmar MENDES sugiere que el STF adopte una fórmula semejante a la del Art. 21 de la ley 9.868/99, prevista para la acción declaratoria, esto es, determinase la suspensión de los juicios en los procesos que envuelvan la aplicación de la ley hasta la decisión final de la Corte (*Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 550).

<sup>896</sup> Es claro que ese doble efecto de la decisión en medida cautelar en ADI sólo será factible si el Tribunal se obliga a decidir la acción en el plazo determinado, como, v. g., el mismo plazo de ciento y ochenta días establecido para la cautelar de la ADC por el Art. 21, par. único de la ley 9.868/99.

<sup>897</sup> Incluso ahora con la transmisión televisiva en vivo y directo, por la TV Justicia – Televisión Pública en canal privado.

efecto vinculante para todas las decisiones proferidas por el Supremo Tribunal Federal en los procesos de control de constitucionalidad de la norma.

Haremos un análisis más amplio de este tema en el capítulo de la acción declaratoria de constitucionalidad, examinando las diversas cuestiones que se puede plantear privilegiando una visión de conjunto. Es el tema del próximo apartado.

## Capítulo VIII

### La Acción Declaratoria de Constitucionalidad

#### Introducción

Creada por la Enmienda Constitucional n° 3, de 17 de marzo de 1993<sup>898</sup>, la acción declaratoria de constitucionalidad pasó a integrar el elenco de acciones procesales de competencia del Supremo Tribunal Federal<sup>899</sup> por vía de las cuales se puede controlar en abstracto la constitucionalidad de normas, tratándose de un instituto sin parangón estricto en el derecho comparado.

Su finalidad es *eliminar la incertidumbre* acerca de la constitucionalidad de la norma en razón del surgimiento de *interpretaciones judiciales en conflictos en el ordenamiento jurídico*. Sin embargo de la presunción natural de legitimidad y constitucionalidad de los actos normativos del poder público, lo cierto es que en el momento de su aplicación a hechos concretos suele surgir controversias cuanto a su compatibilidad con la Constitución y, muchas veces, el resultado de tales interpretaciones genera grave inseguridad jurídica<sup>900</sup> que referido instrumento procesal pretende alejar.

Su aparición<sup>901</sup> ha originado muchas discusiones acerca de su legitimidad constitucional. Parte de la doctrina ha visto en ella inconstitucionalidades por violación de los principios: de acceso a la justicia (Art. 5°, XXXV, CF), del debido proceso legal (Art. 5°, LIV, CF), del contradictorio, de amplia defensa (Art. 5°, LV, CF) y del principio de la separación de poderes (Art. 2°, CF), todos protegidos contra propuestas de enmienda

---

<sup>898</sup> CF: “Art. 102. Compete al Supremo Tribunal Federal, precipuamente, la guardia de la Constitución, cabiéndole: I - procesar y juzgar, originariamente: a) la acción directa de inconstitucionalidad de ley o acto normativo federal o estatal y la acción declaratoria de constitucionalidad de ley o acto normativo federal; (Redacción dada por la Enmienda Constitucional n° 3, de 1993)”.

<sup>899</sup> Aunque la Constitución Federal sólo haya previsto la acción de competencia del STF, la mayor parte de la doctrina entiende no haber impedimento para que los estados la instituya para el control de ley o acto normativo estatal o municipal (Cfr. Nagib SLAIBI FILHO, Regina Maria Macedo Nery FERRARI, Alexandre de MORAES, *apud* BARROSO, Luis Roberto, *in O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 205).

<sup>900</sup> Dice BARROSO: “Es cierto que todos los operadores jurídicos laboran, ordinariamente, con la circunstancia de que textos normativos se sujetan a interpretaciones diversas y contrastantes. A veces, hasta Cámaras o Turmas de un mismo tribunal firman líneas jurisprudenciales divergentes. Pero, en determinadas situaciones, por el número de personas envueltas o por la sensibilidad social y política de la materia, se impone, en nombre de la seguridad jurídica, de la igualdad o de otras razones de interés público primario, la pronta pacificación de la controversia”. El Ministro NERY DA SILVEIRA del STF, en el juzgamiento de la ADC 1 (RTJ, 157/371, ha dicho que la acción se destina a “tornar más rápida la definición del Poder Judicial, en abstracto, sobre la validez o no de ley o acto normativo federal, evitándose, pues, que se prolongue en el tiempo, con perjuicio a la Justicia, las dudas sobre la constitucionalidad de la norma, con auténtico tumulto en los Juicios y Tribunales que hubieren de aplicarla, por el volumen de demandas y divergencias, en torno al mismo tema.”

<sup>901</sup> Gilmar Ferreira MENDES entiende que no se trata propiamente de innovación. Para él, la fórmula adoptada por la Enmienda 16/65 – representación contra inconstitucionalidad de ley o acto de naturaleza normativa, federal o estatal, encaminada por el Procurador-General – no conseguía ocultar el propósito inequívoco del legislador constituyente, que era el de permitir desde luego, la definición de la controversia constitucional sobre leyes nuevas”. El Procurador-General – como único legitimado- podría encaminar al Supremo Tribunal representación que le hubiese sido hecha, tanto para obtener la declaración de inconstitucionalidad de la norma, como podría postular, al final del proceso, expresa o tácitamente, la declaración de constitucionalidad. El Art. 174 del R. I. del STF, en la versión de 1970, preveía la posibilidad de que el Procurador-General, entendiendo improcedente la representación, la encaminara con parecer contrario. (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, pp. 254-255).

constitucional por el artículo 60, par. 4º, III y IV, de la Carta de la República<sup>902</sup>. Pero, el STF ha rechazado todos esos argumentos con el fundamento principal de que *el control concentrado de constitucionalidad es un proceso de naturaleza objetiva*, al que no se aplican los preceptos constitucionales que dicen respecto al proceso de naturaleza subjetiva<sup>903</sup>.

Es cierto que, con la previsión del instrumento en nivel constitucional sólo se instituyó una vía procesal autónoma, con disciplina propia en cuanto a su objeto, legitimación y efectos, puesto que desde que se introdujo la representación de inconstitucionalidad en nuestro sistema se podría alcanzar el mismo resultado, en caso de que el STF desestimase la acción, ya que tal decisión implicaba lógicamente la declaración de constitucionalidad de la norma.

Sin embargo, no es posible ocultar que la acción declaratoria pueda producir un efecto *paralizante en procesos judiciales* en trámite sin que sea observado el debido proceso legal, si no se asegura un mínimo de contradicción procesal en que los interesados puedan sostener sus posiciones jurídico-constitucionales<sup>904</sup>. Podremos observar esto en el desarrollo de los apartados que siguen.

## 1) Objeto

Objeto de la acción declaratoria de constitucionalidad ante el Supremo Tribunal Federal son *las leyes y los actos normativos federales*. Es decir, son las mismas especies normativas admitidas, en el ámbito federal, como objeto de la ADIn. A diferencia de la acción directa de inconstitucionalidad, *se excluyen las leyes y actos normativos estatales*.

Tal limitación en el objeto de la acción y la restricción de los legitimados que se tenía en la redacción original de la EC 3/93 – como se verá adelante – parecen indicar el propósito del constituyente reformador en permitir que el STF pudiera intervenir pronto en la solución de las *grandes cuestiones nacionales*, que se manifiestan en ley y actos normativos federales. Con ello, las leyes y actos normativos estatales, que hacen parte del objeto de la acción directa de inconstitucionalidad, quedan fuera de su ámbito, algo que, si desde el punto de vista pragmático puede explicarse<sup>905</sup>, desde punto de vista jurídico no es

<sup>902</sup> Por ejemplo, Geraldo ATALIBA, *ADC – ou como agredir o Estado de direito*, in Folha de São Paulo, 9 de agosto de 1993, Ives Gandra da Silva MARTINS, in *A ação declaratória de constitucionalidade*, y Marcelo Figueiredo, *A ação declaratória de constitucionalidade – inovação infeliz e inconstitucional*, ambos en Ives Gandra da Silva MARTINS y Gilmar Ferreira MENDES (coords.), *Ação declaratória de constitucionalidade*, Saraiva, São Paulo, 1994.

<sup>903</sup> STF, RTJ, 157/371, 1996, QO en la ADC 1-DF, Rel. Ministro MOREIRA ALVES.

<sup>904</sup> La propia naturaleza objetiva del proceso de esta acción es dudosa. Para José Afonso da SILVA, “a rigor no se trata de proceso sin partes y sólo aparentemente es proceso objetivo, porque, en el fondo, en el sustrato de la realidad jurídica en causa, están las relaciones materiales controvertidas que sirven de presupuestos de hecho de la acción” (...) Teniendo eso en consideración se afirma que el ejercicio de la acción puede generar ofensa al principio del contradictorio y de la amplia defensa. De acontecerse esto, se tiene una aplicación inconstitucional de la acción. Si hubiere decisión de desestimación de la acción, no hay inconstitucionalidad. Cabe decir que la cuestión de constitucional se desplaza para la hipótesis de decisión constitucional interpretativa”. En la ADC 1, Rel. Ministro MOREIRA ALVES, esta es la idea que subyace en el voto del Ministro Ilmar GALVÃO. (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 59). En el mismo sentido se pronuncia el Ministro Sepúlveda PERTENCE, en la misma ocasión, sugiriendo que todos los legitimados para la acción directa de inconstitucionalidad debiesen ser intimados para que, en plazo fijado, pudiesen, si lo deseasen, discutir la acción declaratoria de constitucionalidad. (RTJ, 157/390-1).

<sup>905</sup> Ello porque, presuponiendo la acción la existencia de un gran número de acciones judiciales donde la constitucionalidad de la norma es cuestionada, es el carácter nacional de la norma impugnada, por su

razonable, visto que, si es cierto que ambas acciones procesales poseen un carácter doble o ambivalente, son “acciones de señal trocado”, no se armoniza con referida noción esa exclusión, reforzando la teoría que considera la acción declaratoria un instrumento a servicio de los intereses de la Unión, o, más bien, del gobierno federal<sup>906</sup>.

## 2) Legitimación y presupuesto

En la redacción original de la EC 3/93, estaban legitimados para la acción declaratoria de constitucionalidad: el Presidente de la República, la Mesa del Senado Federal, la Mesa de la Cámara de los Diputados o el Procurador-General de la República<sup>907</sup>.

El artículo 13 de la ley 9.868/99, editado en conformidad con el texto constitucional originario, como no podría dejar de ser, reprodujo lo dispuesto en la Carta Federal. Pero, la Enmienda Constitucional n° 45, de diciembre de 2004, ha extendido el derecho de acción a todos los órganos y entes previstos en el artículo 103 de la Constitución<sup>908</sup>, es decir, ha equipado los legitimados de esta acción a los legitimados para la acción directa de inconstitucionalidad.

Esa ampliación de los legitimados puede plantear interesantes cuestiones constitucionales. Cabría, por ejemplo, indagar si el Gobernador de Estado o la Mesa de Asamblea Legislativa, a los que el STF exige, para la ADIn, el requisito de la pertinencia temática, podrían promover la acción declaratoria de constitucionalidad sin restricciones<sup>909</sup>.

A nuestro ver, la respuesta es positiva. Contrariamente a lo que ocurre con la ADIn, cuya finalidad es la de invalidación de la ley o acto normativo, la acción declaratoria cuya finalidad es *afirmar la constitucionalidad* de la norma que esté siendo impugnada como inconstitucional en cualquier juicio o tribunal. El presupuesto de la

---

aplicación general a todo el país, que puede producir mayores controversias interpretativas en los diversos tribunales patrios. Parece lógico, también, que el constituyente reformador haya reflexionado sobre los riesgos de sobrecargar el STF con la afluencia de centenas, quizá millares, de acciones declaratorias de constitucionalidad si se extendiera el objeto de la acción a las leyes y actos normativos estaduales, sobre los que hubiese controversias judiciales en todo el país.

<sup>906</sup> La acción declaratoria corta el *iter* procedimental del control por el método difuso que se desarrollaba normalmente en otros tribunales, cuya decisión, con eficacia vinculante, paraliza los debates y puede invertir el sentido de decisiones desfavorables al gobierno. Habría, por tanto, un sentido de avocación por parte de la Suprema Corte, un instrumento que existió en el derecho anterior y que siempre ha merecido mucha repulsa por los medios jurídicos. (Cfr. SILVA, José Afonso, *in Curso de direito constitucional positivo*, p. 60).

<sup>907</sup> Art. 103, par. 4º, CF., con redacción de la EC n.3, de 17.03.1993.

<sup>908</sup> La EC 45/2004 ha dado nueva redacción al Art. 103 de la Constitución, *verbis*: “Art.103. Pueden proponer la acción directa de inconstitucionalidad y la acción declaratoria de constitucionalidad: I- el Presidente de la República; II- la Mesa del Senado Federal; III- la Mesa de la Cámara de los Diputados; IV- la Mesa de Asamblea Legislativa o de la Cámara Legislativa del Distrito Federal; V- el Gobernador de Estado o del Distrito Federal; VI- el Procurador-General de la República; VII- el Consejo Federal del Orden de los Abogados del Brasil; VIII- partido político con representación en el Congreso Nacional; IX- confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional”.

<sup>909</sup> Entre otras cuestiones procesales, podría plantearse: si la acción podría ser propuesta ante al STF por los legitimados que hubieran impugnado la constitucionalidad de la norma en la vía del control difuso. Teniendo en cuenta el carácter cautelar de la acción, en el sentido de la necesidad de eliminación de la controversia judicial establecida en el más corto espacio de tiempo posible, y considerando que la ley sólo condiciona la acción a la existencia de controversia judicial relevante, nada impide que el STF conozca y juzgue la acción. No habría siquiera que pensar en litispendencia, categoría propia de los procesos de naturaleza subjetiva, ya que son muy distintas las partes (que en la ADC no existe en el polo pasivo), y la causa de pedir, que en la ADC es la incertidumbre de la constitucionalidad, mientras en la ADIn es la inconstitucionalidad.

acción procesal es la existencia de controversias judiciales al respecto de la constitucionalidad de la norma y, como el pedido debe ser el de juzgarla constitucional, no cabe exigir del autor un interés institucional<sup>910</sup>.

En la acción declaratoria la causa de pedir es la *incertidumbre* que afecta a la presunción de constitucionalidad de la norma, y no tiene sentido pretender que el autor presente otro interés sino el interés general de eliminar la inseguridad jurídica<sup>911</sup> reafirmando la constitucionalidad de la norma e su manutención en el ordenamiento jurídico<sup>912</sup>.

La controversia judicial debe ser *relevante*, es decir, exige la ley un interés de actuar *in concreto* traducido en un estado de *incertidumbre*, generado por dudas o controversias reales sobre la legitimidad de la norma. Con ello se aleja la posibilidad de instaurar la acción con base en controversias doctrinarias o académicas. Pero, ¿que quiere decir controversia judicial relevante? ¿Debe exigirse un determinado número de decisiones judiciales contradictorias?

Esta cuestión ha sido enfrentada por el STF en la ADC 8-8-DF (MC), en la que se trataba del caso de la contribución de servidores activos, inactivos y pensionistas prevista en la Ley nº 9.783, de 1999, de la que fue relator el Ministro Celso de Mello, juzgada en 0.08.1999, DJU de 12.08.1999. Conforme se recorre del voto del ponente, el presupuesto se había cumplido en la causa porque el autor hubiera demostrado, en términos numéricamente relevantes, *amplia controversia judicial en torno de la validez jurídica de la norma federal*. Sostuvo el Ministro que sería “necesario – más de lo que la mera ocurrencia de disidencia de decisiones – que la situación de divergencia jurisdiccional, caracterizada por la existencia de un volumen expresivo de decisiones conflictantes, haga instaurar, ante el elevado número de pronunciamientos judiciales opuestos, verdadero estado de inseguridad jurídica, capaz de generar un escenario de perplejidad social y de grave comprometimiento de la estabilidad del sistema de derecho positivo vigente en el País”<sup>913</sup>.

Se ha visto en el voto mencionado una tentativa del STF de resolver la controversia con datos estadísticos, criterio que Gilmar Mendes entiende inadecuado. Sostiene el autor: “La exigencia en cuanto a la configuración de controversia judicial o de controversia jurídica (...) se asocia no sólo a la amenaza del principio de presunción de constitucionalidad – ésta independe de un número relevante de decisiones de un y de otro

---

<sup>910</sup> El interés procesal traduce las nociones de utilidad y necesidad, y no parece razonable exigir que un órgano público deba demostrar utilidad o necesidad en eliminar la incertidumbre de la norma jurídica que afecta a todo el ordenamiento jurídico. Al contrario, es el interés general de la seguridad jurídica el que supera todas esas nociones individualistas.

<sup>911</sup> Podría objetarse que en la ADIn también persigue el fin de eliminar inseguridad jurídica, pero, en realidad, tal finalidad sólo ocurre de manera secundaria: la causa de pedir en ella es la ofensa de la norma a la Constitución y el pedido es su eliminación del ordenamiento, lo que trae, como consecuencia, la seguridad jurídica. Pero, en la ADC, la causa de pedir es la propia inseguridad ya planteada, no por la norma, sino en función de las interpretaciones judiciales controvertidas. El pedido en ésta, por tanto, es de la afirmación de la constitucionalidad, eliminándose del ordenamiento jurídico la inseguridad existente.

<sup>912</sup> Nos parece que la figura de la pertinencia temática – o interés institucional del autor- ha sido construida por el STF, no sólo como criterio para disciplinar el uso de la acción directa e impedir acciones temerarias, sino, sobre todo, teniendo en consideración el riesgo de inseguridad jurídica que conllevaría para el país la alta demanda de impugnaciones de leyes y actos normativos. Este resultado problemático y temido, con todo, no se vislumbra en la acción declaratoria, pues que su finalidad es exactamente la de eliminar la inseguridad jurídica que se haya formado por cuenta de la actuación de los autores de la acción, pero sí por acciones judiciales propuestas por terceros ante otros juicios.

<sup>913</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, in *O controle concentrado de constitucionalidade*, p. 361.

lado – sino también, y sobre todo, en la invalidación previa de una decisión tomada por seguimientos expresivos del modelo representativo”<sup>914</sup>.

El enfoque ofrecido por el autor radica en el principio de la separación de poderes. Sería la generalización de medidas judiciales contra dicha ley que, al aballar la presunción de constitucionalidad del acto normativo cuestionado, pone en entredicho la validez de la decisión legislativa. Al parecer, la acción se basaría en una *controversia* entre los órganos judiciales y los poderes políticos que editaron el acto.

La controversia judicial presupone la existencia de *decisiones judiciales en sentido contrario*<sup>915</sup> a la validez constitucional de la norma, pareciendo lógico que, si nadie la declara inconstitucional, no hay controversia en su aplicación. La controversia, para ser relevante, debe tener cierta entidad<sup>916</sup>, no porque jueces y tribunales hayan invalidado leyes o actos normativos federales, sino porque el disenso entre esas decisiones<sup>917</sup>, genera una situación de incertidumbre sobre su aplicación, generando inestabilidad jurídica en el país.

En conclusión, nos parece que el juicio de conocimiento de esta acción debe tener en cuenta la realidad de nuestro sistema de control difuso, en el cual los jueces y tribunales están legitimados por la Constitución Federal a ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, función constitucional que el propio STF, como guardián y máximo interprete de la Constitución, debe garantizar.

### 3) Procedimiento

El procedimiento<sup>918</sup> previsto para la acción declaratoria de constitucionalidad se caracteriza por la simplificación y celeridad procesal, exigencias lógicas de la propia

---

<sup>914</sup> Ídem, p. 363.

<sup>915</sup> El artículo 14 de la ley n° 9.868/99 dispone: “Art. 14. La petición inicial indicará: I- (...); II-(...); III- la existencia de controversia judicial relevante sobre la aplicación de la disposición objeto de la acción declaratoria”. Y el párrafo único prescribe: “Párrafo único. La petición inicial, acompañada de instrumento de procuración, cuando es suscrita por abogado, será presentada en dos vías, debiendo contener copias del acto normativo cuestionado y de los documentos necesarios para comprobar la procedencia del pedido de declaración de constitucionalidad”. Así que, la controversia incide sobre la aplicación de la disposición, es decir, sobre el enunciado del que se extrae la norma y la prueba exigida es la que se refiere a la divergencia de interpretación judicial.

<sup>916</sup> Parece obvio que unas pocas decisiones esparcidas declarando inconstitucional una ley o acto normativo federal en un país como Brasil, compuesto de veintiséis Estados y el Distrito Federal, con millares de órganos dotados de jurisdicción de control de constitucionalidad por el método difuso – y los tribunales estatales dotados de jurisdicción de control abstracto-, en principio no representa situación de inseguridad jurídica a punto de justificar el trámite de la acción declaratoria de constitucionalidad ante el STF. Por otro lado, parece inevitable que en la formación del juicio sobre la relevancia de la controversia judicial el Supremo Tribunal tenga en consideración no sólo la cantidad de los pronunciamientos, sino, sobre todo, los riesgos que la interpretación hecha de la norma puede representar para la supremacía constitucional. Habría un cierto sentido cautelar en esta acción en la medida que el STF entendiese oportuno uniformizar luego la interpretación constitucional definitiva de la norma, impidiendo que nuevos conflictos se formasen.

<sup>917</sup> Dice BARROSO: “La exigencia del disenso se justifica aún en razón de la presunción la constitucionalidad que acompaña a los actos emanados del poder público. Tal presunción tiene la función instrumental de garantizar el imperio y autoejecutoriedad de esos actos. Luego, solamente delante de la fundada amenaza a la seguridad jurídica y la igualdad decurrente de decisiones contradictorias, habrá interés en actuar y estará legitimada la intervención del Supremo Tribunal Federal” (BARROSO, Luis Roberto, *in O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 208).

<sup>918</sup> “El procedimiento de la acción declaratoria de constitucionalidad ha sido definido inicialmente por el STF, en la QO en la ADC 1, de la que fue relator el Ministro MOREIRA ALVES. Posteriormente la ley 9.868/99 ha ratificado el procedimiento establecido por la Corte (Cfr. BARROSO, Luis Roberto, *in O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 208).



finalidad de este instrumento de control de constitucionalidad, que es la de eliminar la inseguridad jurídica en el más corto espacio de tiempo posible.

Propuesta la acción, cuya petición inicial<sup>919</sup> debe obedecer a los mismos requisitos de la ADIn<sup>920</sup>, tampoco se admite en ella desistencia<sup>921</sup>. El Abogado-General de la Unión no tiene intervención en el proceso y la intervención de terceros es expresamente vedada<sup>922</sup>.

Al contrario de lo que ocurre en la acción directa de inconstitucionalidad, en la que el Abogado General de la Unión ejerce la función de defensa del acto impugnado, en la acción declaratoria de constitucionalidad, por tener como finalidad la afirmación de la constitucionalidad del acto normativo que es su objeto, no hay razón para que referida autoridad actúe como curador de esa misma presunción<sup>923</sup>.

A nuestro ver, tal distinción de trato no parece justificada. Es cierto que la finalidad de acción declaratoria es opuesta a la de la ADIn, pero no menos cierto es que ambas se vuelven en la defensa objetiva de la Constitución. Y, aunque el pedido en una y otra sean antagónicos – por ello se dice que son acciones con señal trocado- la sentencia tanto podrá ser estimatoria como desestimatoria y, consecuentemente, en este último supuesto la norma será declarada inconstitucional por la Corte Suprema sin que el Abogado General de la República haya intervenido en el proceso<sup>924</sup>.

El Procurador-General de la República, sin embargo, actúa obligatoriamente, como *custos legis*, en los procesos de la acción declaratoria de constitucionalidad, tal como prescribe el artículo 19 de la ley n° 9.868/99, ya que la intervención de este órgano se impone en todas las acciones de inconstitucionalidad y en todos los procesos de competencia del Supremo Tribunal Federal por expreso mandamiento de la Constitución Federal (Art. 103, par. 1°, CF).

Tras la manifestación del Procurador-General de la República en el plazo de quince días, el ponente hará su *relatorio*, con copia a todos los Ministros, y pedirá día para el juicio. Prevé la ley, así como lo hace en relación a la ADIn, la posibilidad del ponente, en caso de necesidad de esclarecimientos de materia o circunstancia de hecho o de notoria insuficiencia de informaciones existentes en los autos, de requisar informaciones

---

<sup>919</sup> “Art. 14. La petición inicial indicará: I- el dispositivo de la ley o del acto normativo cuestionado y los fundamentos jurídicos del pedido; II- el pedido con sus especificaciones; III- la existencia de controversia judicial relevante sobre la aplicación de la disposición objeto de la acción declaratoria”. El párrafo único de este dispositivo prescribe: “La petición, acompañada de instrumento de procuración, cuando es suscrita por un abogado, será presentada en dos vías, debiendo contener copias del acto normativo cuestionado y de los documentos necesarios para comprobar la procedencia del pedido de declaración de constitucionalidad”. (ley n° 9.868/99).

<sup>920</sup> De la decisión de rechazo liminar de la petición inicial, por inepta o por no fundamentada o manifestamente improcedente (Art. 15 cabeza), cabrá recurso de agravo al mismo Tribunal (Art. 15, párrafo único de la ley n° 9.868/99).

<sup>921</sup> Artículo 16 de la ley n° 9.868/99.

<sup>922</sup> Art. 18 de la ley n° 9.868/99.

<sup>923</sup> STF, ADC 1, Rel. Ministro MOREIRA ALVES, DJU 16.06.1995. Este punto ejemplifica bien el cómo puede variar el proceso conforme sea el objeto y finalidad de la acción. El hecho de ser la ADC una acción de inconstitucionalidad con señal cambiado, no implica, según el entendimiento prevaleciente en el STF, una aplicación necesaria entre las normas procesales previstas para una a la otra.

<sup>924</sup> Quizá la premisa de que el Abogado General de la Unión debe intervenir siempre en la defensa de la norma impugnada es la que debe ser revista. De cualquier manera, si el STF puede intimar a los demás legitimados para la ADIn (Art. 103, CF) para que intervengan en la acción, en cuyo rol está el propio Presidente de la República y las Mesas del Senado y de la Cámara de los Diputados – que son los órganos políticos de los que emanan leyes y actos normativos federales en la mayoría de las veces, la ausencia del Abogado-General de la Unión en el proceso es plenamente dispensable.

adicionales, designar perito o comisión de peritos para que emitan parecer sobre la cuestión o fijar fecha para, en audiencia pública, oír a personas con experiencia y autoridad en la materia<sup>925</sup>.

El ponente también podrá solicitar informaciones a los Tribunales Superiores, a los Tribunales federales y a los Tribunales estatales acerca de la aplicación de la norma cuestionada en el ámbito de su jurisdicción, providencia que se muestra indispensable cuando se tiene en cuenta que es precisamente la controversia judicial el presupuesto de la acción<sup>926</sup> y, por tanto, que los Tribunales son los actores más calificados para sostener interpretaciones sobre la norma cuestionada. Las informaciones, pericias y audiencias deberán ser realizadas en el plazo de treinta días, contados desde la solicitud del ponente.

Aunque el artículo 17 de la ley n° 9.868/99 prohíba la intervención de terceros en el proceso de la acción declaratoria de constitucionalidad, se admite la participación de los llamados *amicus curiae*<sup>927</sup>. El Art. 7°, par. 2° de la referida ley permite que el ponente, frente a la relevancia de la materia y la representatividad de los postulantes, establezca un cierto grado de apertura a terceros, que no se confunden con los directamente afectados por la norma.

No deja de ser una paradoja el hecho de que se permita la intervención a terceros, que no presentan derecho propio en la cuestión constitucional, y que se niegue la posibilidad a aquellos que son partes en una relación jurídico procesal regularmente instaurada, en la que estén discutiendo precisamente la constitucionalidad de la misma norma, de cuya decisión dependa la suerte de su derecho material<sup>928</sup>.

### 3.1) La medida cautelar y sus efectos

Una cuestión muy controvertida es la de la legitimidad de la medida cautelar en el procedimiento de la acción declaratoria de la constitucionalidad. Pese a que la ley n° 9.868/99 lo prevea en su artículo 21, cierto es que la Constitución Federal, al contrario de

---

<sup>925</sup> Artículo 20, par. 1° de la ley n° 9.868/99. La ley asegura un mínimo de instrucción probatoria en el procedimiento de la acción declaratoria de constitucionalidad, a ejemplo de lo que se hizo en relación a la ADIn en el Art. 9°, par. 1°, circunstancia reveladora de que, al contrario de lo que suele decirse con frecuencia, en el control abstracto de normas no siempre se puede eliminar el conocimiento de materia de hecho. En el caso de la acción declaratoria de constitucionalidad, como hemos visto, ello es notable porque el Tribunal debe trabajar sobre la norma a partir de la interpretación que los demás tribunales hayan sacado de ella en el intento de buscar la armonización con el texto constitucional.

<sup>926</sup> Esta es una medida directamente ligada a la peculiaridad de esta acción, cuya causa de pedir, como hemos visto, es la incertidumbre generada por interpretaciones judiciales de otros tribunales. Así que la intervención de los tribunales competentes en el proceso permite una importante comunicación, por lo que se intenta alcanzar una interpretación armónica del derecho constitucional, evitando, pues, que la decisión del STF, al olvidar importantes cuestiones jurídicas decurrentes de la experiencia de la larga aplicación de la norma, venga producir mucha más inseguridad que la que quiere eliminar.

<sup>927</sup> El párrafo 1° del artículo 7° de la ley n° 9.868/99, en el que se preveía la posibilidad de participación con manifestación por escrito de los demás legitimados del Art. 103 de la Constitución, fue vetado por el Presidente de la República. El párrafo 1° y 2° del artículo 18, que tenían redacción semejante, también lo fueron. Pero, el Art. 7°, par. 2° permite que el ponente, conforme la relevancia de la materia y la representatividad de los postulantes, establezca un cierto grado de apertura a terceros. Parece claro, así, que la prohibición constante en el Art. 18 de la ley se restringe a terceros que puedan ser afectados por la norma en función de intereses concretos, categoría diversa de la de *amicus curiae* o amigo de la Corte.

<sup>928</sup> A propósito, la reciente LO 06/2007, del derecho español, pasó a admitir la intervención, en el TC, de las partes del proceso en la cuestión de inconstitucionalidad.

lo que hace respecto a la acción directa de inconstitucionalidad<sup>929</sup>, no autoriza expresamente esa providencia.

La distinción de esa disciplina radicaba, básicamente, en las distintas finalidades de referidas acciones procesales. Mientras la **acción directa de inconstitucionalidad tiene el objetivo de eliminación de normas** inconstitucionales del ordenamiento jurídico y, por tanto, la medida cautelar en ella adoptada de manera incidental se dirige lógicamente a la suspensión de la eficacia de la norma *a priori* considerada inconstitucional hasta la decisión definitiva, ya la **acción declaratoria**, por buscar **reafirmar la constitucionalidad de normas** sospechas de inconstitucionalidad, no debería admitir una medida cautelar suspensiva porque, en rigor, no habría el que suspender si la norma siguiera válida en el ordenamiento<sup>930</sup>.

Era la noción de presunción de constitucionalidad de las leyes y actos normativos, tan fuertemente arraigada en nuestra cultura, que restaba utilidad a la medida cautelar para simplemente reafirmar lo ya existente y válido. Pero, el nuevo instrumento procesal impuso una reflexión más realista, con atención especial al carácter instrumental de la medida cautelar para eliminación de conflictos generados en el ámbito del control difuso<sup>931</sup>.

El hecho de que la Constitución no prevé la medida cautelar en este tipo de acción no era decisivo. El STF, aún en el régimen del derecho anterior<sup>932</sup>, firmara el entendimiento cuanto a la posibilidad de concesión de medida cautelar en la representación de inconstitucionalidad, aún en la ausencia de autorización constitucional expresa<sup>933</sup>, al fundamento de se tratar de providencia inherente al poder general de cautela del Tribunal. Y, en efecto, tras la introducción de la acción declaratoria por la EC 3/93, la Suprema Corte admitió la medida cautelar en este tipo de acción para **suspender**, hasta el juicio definitivo de la acción, **cualquier decisión judicial que tuviese como presupuesto la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma** cuestionada<sup>934</sup>.

En efecto, el argumento decisivo se asienta en el razonamiento de que, si la finalidad de la acción declaratoria es la eliminación del estado de incertidumbre y inseguridad jurídica planteadas por controversias judiciales, y si la decisión del STF que

---

<sup>929</sup> “Art. 102. Compete al Supremo Tribunal Federal, precipuamente, la guardia de la Constitución, cabiéndole: I- procesar y juzgar, originariamente: p) pedido de medida cautelar en las acciones directas de inconstitucionalidad”. No hay mención a la cautelar en acción declaratoria de constitucionalidad.

<sup>930</sup> La cautelar en la Adin se justifica porque, queriendo ella suspender la ejecución de la ley o acto inconstitucional productor de efectos jurídicos aparentemente nocivos para el sistema (*fumus boni juris*), la reparación de esa lesión al final es difícil o imposible (*periculum in mora*). Pero en la ADC no hay ley o acto alguno que suspender, puesto que, siendo su objeto el reconocimiento de la constitucionalidad de la norma, no se podría hablar de un riesgo de lesión al ordenamiento jurídico que debiese ser evitado.

<sup>931</sup> La realidad de la controversia instaurada en los tribunales sobre la constitucionalidad de la norma, generadora de inseguridad jurídica que la acción declaratoria pretende eliminar, exigía una medida que estancara inmediatamente esos litigios, a fin de que el STF pudiera decidir con provecho la materia de fondo.

<sup>932</sup> Fue la ley n° 2.271, de 1954, la que reguló el proceso de la representación de intervención, previsto en el Art. 13, párrafo único, y fijó la regla según la cual: “Se aplica al Supremo Tribunal Federal el rito del proceso del *mandado de segurança*, de cuya decisión cabrán embargos en caso de que no haya unanimidad”. A partir de entonces el STF pasó a estimar pedido de liminar, suspendiendo la eficacia del acto normativo impugnado, en consonancia con el que se consagraba en la ley del *mandado de segurança*. Posteriormente, en la Representación n° 933, de la que fue relator el Ministro THOMPSON FLORES, DJU 26.12.1976, el STF reafirmó esta orientación, esta vez en sede de control abstracto de normas, suspendiendo la ejecución de los dispositivos impugnados por el Procurador-General de la República.

<sup>933</sup> Esta sólo vino con la EC 7, de 1977, que acrecentó al Art. 119, I, de la Carta de 1967-69, la letra p: “pedido de medida cautelar en las representaciones ofrecidas por el Procurador-General de la República”.

<sup>934</sup> Cfr. BARROSO, Luis Roberto, in *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 210.

reconoce la constitucionalidad de la norma posee eficacia *erga omnes* y efecto vinculante, no podría haber utilidad práctica en tal decisión sin que se asegurara, por medio de la cautelar, las condiciones para la eficacia de la decisión de fondo con la ***paralización de las controversias judiciales existentes al respecto de la constitucionalidad de la norma***.

Al final, como argumenta Veloso, “en una acción cuya decisión de mérito tenga eficacia *erga omnes* y fuerza vinculante para los órganos de los Poderes Judicial y Ejecutivo (CF, Art. 102, par. 2º), todo aconseja a que se considere autorizado el Tribunal a tomar la providencia cautelar, evitando que el estado de perplejidad e incertidumbre perdure y se agrave, propiciando la ocurrencia de situaciones que vengan a ser conflictantes con la sentencia de mérito a ser proferida”<sup>935</sup>.

El legislador ordinario, tras la decisión del Supremo Tribunal Federal, incorporó esa doctrina, introduciendo expresamente en el artículo 21 de la ley n° 9.868/99 la previsión de que la Corte pueda estimar pedido de medida cautelar en acción declaratoria de constitucionalidad, consistente en la determinación a los jueces y tribunales para suspender el juzgamiento de procesos que envuelvan la aplicación de la ley o del acto normativo de la acción, hasta el juzgamiento definitivo.

### 3.2) Naturaleza y amplitud de la cautelar

El efecto vinculante de la medida cautelar fue admitido por el STF, tras la EC 3/93 en la ADC 4-DF, de la que fue relator el Ministro Sydney Sanches. Está en aquel *leading case*: “En acción de esa naturaleza, puede la Corte conceder medida cautelar que asegure, temporalmente, tal fuerza y eficacia a la futura decisión de mérito. Y así es, sin expresa previsión constitucional de la medida cautelar en la ADC, pues el poder de acautelar es inmanente al de juzgar (...) Medida cautelar estimada, en parte, por mayoría de votos para se suspender, *ex nunc*, y con efecto vinculante, hasta juzgamiento final de la acción, la concesión de tutela anticipada contra la Hacienda Pública, que tenga por presupuesto la constitucionalidad o inconstitucionalidad del Art. 1º de la ley n° 9.494, de 10.09.97, suspendiéndose, igualmente, *ex nunc*, y con efecto vinculante, los efectos futuros de las decisiones proferidas en ese sentido”<sup>936</sup>.

Mientras en la ADIn la medida cautelar suspende provisoriamente la eficacia de la norma impugnada<sup>937</sup>, la cautelar de la acción declaratoria de constitucionalidad suspende procesos judiciales o administrativos. No ha prevalecido la teoría, más restrictiva, de afirmarse, en juicio liminar y con efecto vinculante, la constitucionalidad de la norma impugnada, lo que implicaría el deber de aplicación por los jueces y tribunales en la apreciación de los casos concretos a ellos sometidos, so pena de reclamación<sup>938</sup>.

En este punto se observa la ***amplitud*** de los efectos de esa medida cautelar cuyo comando, en realidad, no recae únicamente sobre la norma objeto de la acción, sino

---

<sup>935</sup> VELOSO, Zeno, *Controle jurisdiccional de constitucionalidade*, p. 288.

<sup>936</sup> RTJ, 169/383, 1999.

<sup>937</sup> Mientras el comando de la decisión cautelar en ADIn priva la norma de efectos válidos y, por tanto, impide la irradiación de las consecuencias que le son propias, en la cautelar de la ADC el comando de la decisión priva la actividad judicial ordinaria en todo el que se refiere a la aplicación de la norma.

<sup>938</sup> El proveimiento cautelar, en los términos propuestos, tiene naturaleza de anticipación de los efectos de la sentencia, pero podría no tener utilidad suficiente y, además, podría contribuir para la inseguridad jurídica en caso de que el STF, al final, declarase inconstitucional la norma, pues en este caso tendría que deshacer innumerables sentencias proferidas en sede de control difuso. Por ello el proveimiento contiene un comando de prohibición agregado, a fin de impedir el juzgamiento de todo y cualquier proceso en que la norma pudiese ser aplicada.

que afecta a la libertad de interpretación de los demás jueces y tribunales que quedan impedidos de decidir sobre la aplicación de la disposición. La diferencia en relación a la cautelar de la ADIn es notable, pues, si en aquella lo que se suspende es la eficacia de la norma<sup>939</sup> – con lo que los jueces y tribunales deben seguir decidiendo que la norma es inconstitucional- aquí la prohibición es total; el Tribunal prohíbe que los demás jueces y tribunales *deliberen* – en cualquier sentido- sobre la cuestión de la constitucionalidad de la norma, los prohíbe, por tanto, de decidir procesos que envuelven la aplicación de la ley o del acto normativo objeto de la acción hasta su juzgamiento definitivo<sup>940</sup>.

Tal amplitud a nuestro ver es justificada porque, dada la posibilidad de que la norma sea al final considerada inconstitucional en caso de desestimación de la acción, si no se suspendiesen los procesos, se correría el riesgo de que innumerables decisiones judiciales dando por la validez de la norma pudiesen ser anuladas, por fuerza del efecto vinculante de la decisión de mérito de la acción. Para cubrir ambas hipótesis de sentencia, esto es, de estimación y de desestimación, y asegurar plena eficacia a la decisión del STF, la cautelar habría que proyectarse para un ámbito mayor de prevención.

Así que, la cautelar puede poseer no sólo un *efecto anticipatorio de la decisión de mérito* sino un *carácter prohibitorio*. El proveimiento cautelar incide sobre todos los procesos en los que la norma sea aplicable, no sólo cuando la cuestión de la constitucionalidad esté planteada, pero incluso cuando no hay tal discusión<sup>941</sup> y la aplicación sea parte de la decisión judicial<sup>942</sup>. Esta es la razón por la que prestigiados autores han sostenido que hay un fuerte carácter de *avocación* (llamamiento del proceso a instancia superior con desplazamiento del juez natural) en la acción declaratoria, lo que se refuerza bastante con la cautelar.

Tal como se recorre de la mencionada decisión, el STF tiene en mira asegurar la eficacia de la decisión de mérito de la acción, aspecto inherente al carácter instrumental de la cautelar. El raciocinio lógico que subyace en aquél razonamiento es el de que, si la decisión final posee efectos *erga omnes* y vinculantes, la medida cautelar, dado su carácter instrumental, habría de ser dotada de los mismos efectos para que cumplierse su finalidad.

---

<sup>939</sup> Su lógica, si es comparada a la cautelar de la ADIn, sería sólo aparente, pues en ésta el Tribunal simplemente suspende la eficacia, con lo que saca de la norma su comando coactivo, paralizando la vigencia en la práctica. En la cautelar de la ADC, el proveimiento no añade eficacia a la norma, pero se dirige a los procesos judiciales en los que la norma este siendo aplicada y es a estos a quienes suspende. El blanco, en la cautelar de la ADIn es la norma, en la de la ADC son los procesos. El tiro es desviado para el ámbito de la causa de la inseguridad jurídica denunciada.

<sup>940</sup> “Art. 21. El Supremo Tribunal Federal, por decisión de la mayoría absoluta de sus miembros, podrá estimar pedido de medida cautelar en la acción declaratoria de constitucionalidad, consistente en la determinación de que los jueces y tribunales suspendan el juzgamiento de los procesos que envuelvan la aplicación de la ley o del acto normativo objeto de la acción hasta su juzgamiento final. Párrafo único. Concedida la medida cautelar, el Supremo Tribunal hará publicar en sección especial del Diario Oficial de la Unión la parte de la decisión, en el plazo de diez días, debiendo el Tribunal proceder al juzgamiento de la acción en el plazo de ciento ochenta días, so pena de pérdida de su eficacia”.

<sup>941</sup> Parece que la opción del legislador ha sido coherente con el nuestro sistema de control difuso, en el que el juez puede decidir la inconstitucionalidad de la norma de oficio, por tanto, sin que las partes lo aleguen. Si la cautelar sólo fuera admisible en caso de que las partes hubiesen planteado la cuestión constitucional ante el juez o tribunal ordinario, no extendiéndose a la inaplicación pura y simple, quedaría abierta la permisión de que viniesen, de oficio, a desaplicar la norma por cualquier motivo, incluso al fundamento de que la norma infringiría otras normas infra-constitucionales.

<sup>942</sup> Una norma puede ser impugnada por inconstitucionalidad en un proceso, pero puede no lo ser en otro; en muchos casos se puede desaplicar la norma, no por considerarla inconstitucional, pero sí por considerar que viola otra norma de mayor jerarquía o competencia reservada en el ordenamiento jurídico.

El STF, en tal caso, al estimar la cautelar, ha reafirmado la constitucionalidad de la ley impugnada con el que consideró válido su comando prohibitorio<sup>943</sup>.

En la ley n° 9.868/99, como ya apuntado, la eficacia *erga omnes* y el efecto vinculante de la medida cautelar están expresamente contemplados, por lo que quedan superadas las controversias acerca de su cabimiento. Pero, ¿el que se entiende por eficacia contra todos y efecto vinculante en el control abstracto y concentrado? Este es el tema del apartado siguiente.

#### **4) Eficacia contra todos y efecto vinculante de las decisiones proferidas en las acciones directas de inconstitucionalidad y en las acciones declaratorias de constitucionalidad**

La Enmienda Constitucional 45/2004, adoptada en la llamada reforma del *Poder Judicial*, **unificó los efectos en los acórdãos proferidas por el Supremo Tribunal Federal en los procesos de control de constitucionalidad de la norma**<sup>944</sup>. Tras la EC 3/1993, que sólo preveía eficacia contra todos y efecto vinculante a las decisiones definitivas de mérito proferidas por el STF en las acciones declaratorias de constitucionalidad (cfr. art. 102, par. 2º, del texto anterior<sup>945</sup>), la ley n° 9.868/99, en su artículo 28, párrafo único, ha conferido ambos efectos a las decisiones definitivas de mérito proferidas por la Corte Suprema en el control abstracto de normas<sup>946</sup>, lo que el legislador constituyente derivado hubo por elevar, con la EC 45/2004, a nivel constitucional.

El trato armónico de referidos efectos en el plano normativo-constitucional, conforme hemos dicho, incorpora la doctrina del Supremo Tribunal Federal, que antes de la ley 9.868/99 ya había admitido que el efecto vinculante, previsto sólo para la decisión proferida en la acción declaratoria, habría de aplicarse también a la sentencia desestimatoria, como resultaba de una interpretación sistemática y finalística derivada del carácter doble o ambivalente de la acción. De hecho, admitido que la desestimación de la acción declaratoria tendría la consecuencia inexorable del reconocimiento de que la norma es inconstitucional, habrían que comunicarse a esa sentencia los mismos efectos previstos para la sentencia de estimación de la acción directa de inconstitucionalidad<sup>947</sup>, pues la

---

<sup>943</sup> Como se sabe, aplicar la norma es seguir su comando. Y las normas pueden contener comandos de acción, un hacer en sentido positivo, pero también comandos negativos, de no hacer, o de prohibiciones. En el caso concreto, la norma objeto de la acción declaratoria de constitucionalidad tenía un comando de prohibición de que los jueces y tribunales concediesen medidas de anticipación de tutela contra la Hacienda Pública y, como se percibe, el STF, al conceder la cautelar, aseguró provisoriamente el comando de la norma.

<sup>944</sup> “Las decisiones definitivas de mérito, proferidas por el Supremo Tribunal Federal, en las acciones directas de inconstitucionalidad y en las acciones declaratorias de constitucionalidad producirán eficacia contra todos y efecto vinculante, relativamente a los demás órganos del Poder Judicial y a la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal (nueva redacción dada por la EC 45/2004)”.

<sup>945</sup> “Las decisiones definitivas de mérito, en las acciones declaratorias de constitucionalidad producirán eficacia contra todos y efecto vinculante, relativamente a los demás órganos del Poder Judicial y al Poder Ejecutivo”, disponía el artículo 102, par. 2º, de la Constitución Federal según la redacción de la EC 3/1993).

<sup>946</sup> Incluso en las decisiones en las que se emplean las llamadas técnicas de la interpretación conforme (desestimatoria de inconstitucionalidad) y la declaración parcial de inconstitucionalidad sin reducción de texto (que estima en parte la ADIn).

<sup>947</sup> En la QO en la ADC 1-DF., DJU de 16.06.95, el Ministro MOREIRA ALVES subraya explícitamente: “...esas decisiones, sean de procedencia (constitucionalidad) o de improcedencia (inconstitucionalidad), no sólo tendrán eficacia *erga omnes*, sino también fuerza vinculante relativamente a los demás órganos del Poder Judicial y al Poder Ejecutivo”, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira, *in* *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, p. 255.

Constitución, en realidad, no hacia restricción alguna en cuanto al sentido de la decisión en aquél tipo de acción, es decir, simplemente prescribía ambos efectos a las decisiones definitivas de mérito<sup>948</sup>.

El significado más palpable de esa evolución en el sistema de los efectos de las acciones de control abstracto de normas reside ahora en la posibilidad de utilización del instituto de la **reclamación** al Supremo Tribunal Federal, por medio de la que los afectados pueden exigir la pronta intervención de la Corte Suprema frente a cualquier órgano del Poder Judicial o de la Administración Pública que incumplan la anterior decisión, pues en tal supuesto restará caracterizada la lesión a la **competencia** o a la **autoridad del Supremo Tribunal Federal**, tal como lo prescribe el art. 102, I, 1, de la Constitución Federal<sup>949</sup>. Y nos parece por lo demás evidente, también, que la desobediencia por parte de los destinatarios caracteriza una grave violación del deber funcional, pudiendo, en ciertos supuestos, constituir crímenes contra la Administración Pública e, incluso, de responsabilidad patrimonial del Estado, consonante el art. 37, párrafo 6º de la Constitución Federal.

Referido mecanismo de garantía de las decisiones de la Corte Suprema proferidas en el ámbito del control concentrado de constitucionalidad constituye ahora un impulso vital respecto a la funcionalidad del STF frente a situación caótica en que se hallaba sumergido, casi incapacitado para dar solución a millares de demandas que le son atribuidas y se acumulan durante las últimas décadas, en su mayor parte por la ausencia del instrumental adecuado, ante las notorias insuficiencias de los institutos de la eficacia *erga omnes* y cosa juzgada que no han impedido la reproducción de cuestiones básicamente sin entidad o resueltas con anterioridad por el tribunal.

## 5) Eficacia *erga omnes* y efecto vinculante: significado y límites

El concepto de eficacia *erga omnes* y de efecto vinculante en el sistema brasileño de control de constitucionalidad no ha sido precisado suficientemente por la doctrina. Aunque el primer término sea largamente utilizado en el derecho brasileño y el segundo estuviese previsto en el propio *Regimiento Interno* del STF<sup>950</sup> al disciplinar la llamada representación para interpretación de ley o acto normativo federal o estadual introducida por la EC 7/1977, en el desarrollo de estos temas la doctrina no ha logrado claridad necesaria<sup>951</sup>.

---

<sup>948</sup> Art. 102, par. 2º de la Constitución, en la redacción de la EC 3/1993: “Las decisiones definitivas de mérito, proferidas por el Supremo Tribunal Federal, en las acciones declaratorias de constitucionalidad de ley o acto normativo federal, producirán eficacia contra todos y efecto vinculante, relativamente a los demás órganos del Poder Judicial y al Poder Ejecutivo”. Por esta redacción se entendía que el efecto vinculante debería extenderse a la propia acción directa de inconstitucionalidad. Sepúlveda PERTENCE sostuvo: “cuando quepa en teoría la acción declaratoria, la misma fuerza vinculante deberá ser atribuida a la decisión definitiva de la acción directa de inconstitucionalidad” (Reclamación nº 167, RDA, 206/246-247).

<sup>949</sup> Cabe notar que antes de la EC 45/2004, sólo se podría utilizar la reclamación para la preservación de la competencia del STF y garantía de la autoridad de sus decisiones (Art. 102, I, L, CF) cuando la autoridad pública (jueces o administración pública) hubiese contrariado decisión anterior del STF a la que estaba obligado. La falta de efecto vinculante a las decisiones en ADINs, para los órganos del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo, no permitía conocer muchas de estas reclamaciones.

<sup>950</sup> “Art. 187. A partir de la publicación de la sentencia, por sus conclusiones y *ementa* (resumen), en el Diario de la Justicia de la Unión, la interpretación en él fijada tendrá fuerza vinculante para todos los efectos” (R.LSTF).

<sup>951</sup> A ello se refiere Lúcio BITENCOURT cuando, escribiendo todavía sobre el derecho anterior, dice que los constitucionalistas brasileños no han conseguido presentar fundamento técnico razonable sobre la eficacia *erga omnes* ni la llamada retroactividad *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad, limitándose a

Empezando por el significado práctico de la eficacia *erga omnes*, en una primera aproximación puede decirse que la decisión proferida por el STF en la acción directa de inconstitucionalidad o en la acción declaratoria de constitucionalidad afecta a todos. La declaración de inconstitucionalidad tiene el efecto de expulsión de la norma del ordenamiento jurídico – normalmente *ex tunc*<sup>952</sup>; la declaración de constitucionalidad tiene la virtud de eliminar las controversias existentes acerca de la constitucionalidad de la norma, y la fuerza de tales juzgados, por tratarse de un juicio sobre norma en tesis, se proyecta a todos los procesos judiciales en andamiento o que vengan a ser distribuidos, impidiéndose la rediscusión judicial de la cuestión constitucional decidida.

La eficacia general es noción asociada históricamente a la categoría procesal de la cosa juzgada<sup>953</sup> según la cual, una vez transitada en juzgado la decisión, es decir, no cabiendo de ella más recurso o habiendo sido rechazado o no interpuesto el recurso posible, su contenido se tornará indiscutible e inmutable. Su límite objetivo es la cuestión decidida por el órgano judicial, que deberá ceñir su pronunciamiento al objeto del “litigio”, que a su vez es demarcado por el pedido<sup>954</sup>. Es decir, sólo la parte dispositiva (fallo) del *acórdão* (sentencia) obtiene la autoridad de la cosa juzgada, no el relatorio (informe), ni tampoco los fundamentos de la decisión<sup>955</sup>.

Así, también en el control abstracto de constitucionalidad la eficacia general que se desprende de la decisión sigue la regla según la cual ***materia decidida es la enunciada en la parte dispositiva de la decisión***<sup>956</sup>. Por fuerza de la eficacia preclusiva de la cosa juzgada<sup>957</sup>, una vez decidida la cuestión constitucional, no será posible obtener

---

enunciar el principio en términos categóricos: la ley declarada inconstitucional debe ser considerada, para todos los efectos, como si jamás hubiese poseído eficacia..., repiten la doctrina americana sin procurar el motivo, la causa o fundamento. Gilmar MENDES, a su vez, en análisis a la doctrina de los norteamericanos, entiende que “el instituto del *stare decisis* dispensaba los constitucionalistas americanos, por lo menos en parte, de un deber más profundizado de fundamentación en la especie. Como ese mecanismo asegura, en alguna medida, efecto vinculante a las decisiones de las Cortes Superiores, en caso de declaración de inconstitucionalidad por la Corte Suprema, se tenía la seguridad de que, en principio, ningún tribunal habría de conferir eficacia a la norma objeto de censura...” (*in Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 454).

<sup>952</sup> Se dice normalmente porque, como se verá en su momento, el principio de la nulidad de la norma inconstitucional, dominante entre nosotros, sufre excepciones importantes – así como se verifica en países de Europa- derivadas de nuevas técnicas de decisión en el control abstracto de normas.

<sup>953</sup> La eficacia *erga omnes* entre nosotros es considerada categoría de derecho procesal específica, tal como en el derecho alemán (Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, *in Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 522). El Código de Proceso Civil brasileño define la cosa juzgada: “Se denomina cosa juzgada material la eficacia, que vuelve inmutable e indiscutible la sentencia, no sujeta a más recursos ordinarios o extraordinarios”. (Art. 467).

<sup>954</sup> Art. 468 y 121 del CPC.

<sup>955</sup> Las sentencias, en el derecho brasileño, poseen tres partes: el *relatório* (informe), que es la narrativa del proceso, sin juicio de valor, la motivación (fundamentación) y la parte dispositiva (fallo) de la decisión. El Art. 469 del CPC excluye expresamente los motivos, la verdad establecida de los hechos y la cuestión prejudicial del ámbito de la cosa juzgada.

<sup>956</sup> Nuestro Código de Proceso Civil prevé: “la sentencia que juzgue total o parcialmente la controversia tiene fuerza de ley en los límites de la ley y de las cuestiones decididas” (Art. 468). La controversia es el mérito de la causa, habiendo seguido la lección de CARNELUTTI, que la define como el conflicto de intereses cualificados por la pretensión de uno de los litigantes y por la resistencia del otro. (Cfr. TEODORO JÚNIOR, Humberto, *in Curso de direito processual civil*, vol. I, 24ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 527).

<sup>957</sup> Que, conforme señala la doctrina, “no es el efecto de la sentencia, sino una cualidad posterior que al efecto se junta para volverlo inmutable” (Cfr. DINAMARCO, Candido Rangel, *in Instituições de direito processual civil*, v. 3, Malheiros, São Paulo, 2001, p. 296; Ovidio A. BATISTA DA SILVA, *in Sentencia y cosa juzgada*, 2ª ed., Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1998, p. 98). Lo que posee eficacia *erga omnes* es la decisión (sentencia) y ésta, al transitar en juzgado, como toda sentencia, despliega los efectos que le son immanentes.



nuevo pronunciamiento judicial acerca de la misma disposición<sup>958</sup>. Además de ello, la autoridad de la cosa juzgada debe prevalecer en la solución de cualquier proceso que esté subordinado a la cuestión constitucional resuelta<sup>959</sup>.

Habrà en el control abstracto de constitucionalidad, por tanto, una *especial eficacia* que obligará el respecto a las sentencias del Tribunal extendiéndose su fuerza para amén de las personas envueltas en el proceso. Pero tal eficacia, en realidad, no es extendida a todos por la autoridad de la cosa juzgada propiamente, sino por la propia naturaleza jurídica de la sentencia<sup>960</sup>, *conforme la calidad del objeto de control*<sup>961</sup>: la norma, que tenía fuerza para obligar a todos<sup>962</sup>, si es declarada inconstitucional, dejará el ordenamiento jurídico, si es declarada constitucional seguirá estabilizada en él, y *la sentencia del Tribunal* funcionará, tras su publicación, como *fuentes del derecho*<sup>963</sup>.

Así, la eficacia general de la sentencia alcanza a todos aquellos que están legitimados para promover la acción, aunque no hayan participado del proceso, los cuales quedan sometidos al comando de lo decidido por el Supremo Tribunal Federal tal como si fuera ley. Se entiende que, como los legitimados del art. 103, CF, actúan por legitimación extraordinaria – en nombre propio, pero en defensa de interés de la colectividad – la eficacia de la decisión no queda restringida a las partes procesales<sup>964</sup> y también los alcanza.

En conclusión, la calidad de cosa juzgada material de las decisiones en control abstracto de constitucionalidad oponible *erga omnes* veda: a) que el poder judicial vuelva a

---

<sup>958</sup> Tal como apunta Luis Roberto BARROSO, en la cita que hace de José Carlos BARBOSA MOREIRA, “Habrá ofensa a la cosa juzgada bien en la hipótesis de ser el nuevo pronunciamiento conforme al primero, bien en la de no ser a él conforme: el vínculo no significa que el juez esté obligado a rejuzar la materia en igual sentido, pero sí que él está impedido de rejuzarlo” (*in O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 173).

<sup>959</sup> BARROSO, Luis Roberto, *in O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, pp. 174-175.

<sup>960</sup> Demuestra Ovidio A. BATISTA DA SILVA que los efectos directos de la sentencia son siempre *erga omnes*, entendiéndolos “como todas las eficacias que sean inmanentes a la propia sentencia, como virtualidades de la demanda de que ellas resultan. Esos efectos afectan tanto a las partes como a terceros y nada tiene que ver con el fenómeno de la cosa juzgada” (ob. cit. p. 107). Si la sentencia que declara la inconstitucionalidad tiene el efecto de expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, esta decisión posee, por sí misma, un efecto general, siendo dispensable norma expresa al respecto.

<sup>961</sup> Por ello, la cosa juzgada, como instituto del proceso subjetivo no tiene virtualidad teórica para explicar la eficacia general de las sentencias en el control abstracto.

<sup>962</sup> Si la norma objeto de control carece de ese carácter general es claro que la sentencia sólo producirá efectos respecto a aquellos particulares del acto o norma anulados, no pudiendo hablarse, en consecuencia, de una eficacia general o frente a todos (Cfr. , *Jurisdicción y procesos constitucionales*, p. 154) .

<sup>963</sup> En este sentido, Xavier PIBERNAT DOMENECHI, hablando sobre las Sentencias del Tribunal Constitucional Español como fuentes del derecho, sostiene que la interpretación de las normas contenidas en su jurisprudencia se liga indisolublemente a la norma interpretada, convirtiendo a la sentencia, desde este punto de vista, en auténtica creadora de derecho...” la interpretación de la norma contenida en la STC se identifica con la norma interpretada, ocupando en la jerarquía de fuentes el rango de aquella” (*La sentencia constitucional como fuente del derecho*, *Revista de Derecho Político*, num. 24, 1987, Madrid, p. 85). Por eso, parece cierto que la sentencia no tiene el mismo rango que la ley ordinaria.

<sup>964</sup> Para Luis Roberto BARROSO “el derecho de proponer acción directa es un ejemplo típico de sustitución procesal: los órganos legitimados actúan en nombre propio, pero en interés de la sociedad como un todo” (ob. cit. p. 173). Ada Pelegrine GRINOVER sostiene: “cuando se trata de acción directa de inconstitucionalidad, la inconstitucionalidad misma es el objeto del juzgamiento y tenemos ahí, según la doctrina dominante, con la que estoy plenamente de acuerdo, una cosa juzgada *erga omnes*. En virtud de la propia naturaleza de la acción genérica directa de la inconstitucionalidad, la cosa juzgada no puede quedar restringida a las partes (*Da Ação direta de representação de inconstitucionalidade*, *in O processo em sua unidade*, v. 2, Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 167).

juzgar la cuestión, que b) las partes vuelvan a litigar y que c) el legislador interfiera *a posteriori* en el su resultado concreto (art. 5º, XXXVI, CF)<sup>965</sup>.

Pero, importa notar que, pese el reconocimiento de esta capacidad de obligar, la eficacia *erga omnes* no ha sido suficiente, hasta el pasado reciente, para impedir que se multiplicaran en el ámbito del control difuso de constitucionalidad decisiones en sentido contrario a las adoptadas antes por el STF en el control concentrado, tampoco para imponer el respecto de las decisiones de la más alta Corte de Justicia del País a los poderes públicos<sup>966</sup>. No era raro que, mismo después de que el Supremo Tribunal Federal declarara inconstitucional una norma, jueces y tribunales ignorasen completamente aquella decisión y continuasen considerándola constitucional, y viceversa, en el juzgamiento de casos concretos, en acto de entera rebeldía o irreverencia, con el que se obligaba la parte interesada recorrer extraordinariamente al STF para que este órgano, años después y con todos los costos que ello supone, viniese a repetir el que antes dijera casando la decisión, hecho que todos sabían de antemano que ocurriría<sup>967</sup>.

Por tanto, si no se conseguía imponer obediencia a los jueces y tribunales inferiores hacia los juzgados que provenían de la Corte Suprema, aunque dotados de eficacia *erga omnes*, era mucho más sencillo aceptar que el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo –dada la concepción rígida del principio de separación de poderes– pudieran seguir entendiendo lo que quisiesen acerca de la cuestión y, de hecho, así lo hacían en muchos casos concretos, en ataque no sólo a la autoridad del Supremo Tribunal Federal, sino, sobre todo, a la supremacía constitucional.

El problema tenía causa, en parte, en la *cultura* del sistema de control difuso de constitucionalidad desarrollado entre nosotros, donde, como se sabe, el control es

---

<sup>965</sup> LEAL, Roger Stiefelmann, *O efeito vinculante na Jurisdição constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2006, p. 147.

<sup>966</sup> Aún frente a decisiones reiteradas del STF sobre la constitucionalidad de la norma, la eficacia *erga omnes* de la sentencia en el control concentrado no impedía que otros órganos del Poder Judicial continuasen a decidir, en el ámbito del control incidental, en sentido contrario, el que obligaba la parte perjudicada a interponer recurso extraordinario al STF para que este pudiera ver respetada la decisión proferida anteriormente por la Suprema Corte. Por otro lado, no impedía que el Poder u órgano de lo que había emanado el acto normativo juzgado inconstitucional pudiera reincidir en la práctica editando nuevo acto con el mismo contenido formal y material del anterior.

<sup>967</sup> Regina Maria Macedo Nery FERRARI, refiriéndose al derecho anterior y a la curiosa situación de desacato a las decisiones de la más alta Corte de Justicia, apunta que la aplicación por parte de los órganos inferiores del Judiciario, de la ley ya declarada inconstitucional por el STF, podría venir, por una cuestión meramente procesal, a transitar en juzgado, adquiriendo la característica de la cosa juzgada, mismo cuando adopte posición frontalmente opuesta a la de nuestra más alta Corte de Justicia, en consecuencia de la no interposición de recurso, o a la falta de manifestación en el plazo legalmente previsto, el que demostraba la fragilidad de control de constitucionalidad hasta entonces adoptado. Ejemplifica la autora con el caso del Tribunal Regional Federal de la 4ª Región, que tiene jurisdicción sobre los estados de Paraná, Santa Catarina y Rio Grande del Sur, que ha negado beneficios de la previdencia social a jubilados, por considerar no auto-aplicables los dispositivos previstos en el Art. 201, par. 5º y 6º del Art. 201 de la CF, afrontando decisión anterior del STF; con ello, el órgano de la previdencia, INSS, condenado en todo el país a respetar la decisión de la Suprema Corte, se recusaba a conceder tales beneficios a los aposentados de aquellos tres estados. (*in Efectos de la declaración de inconstitucionalidad*, 4ª ed., RT, São Paulo, 1999, pp. 174-177). Otro caso muy gráfico es el relativo a la cuestión de 12% de interés previsto en el antiguo Art. 192, par. 3º de la CF, que el STF, en la ADIn 4-7-DF, reconoció no ser norma auto-aplicable y, así, declaró constitucional parecer emitido por el Consultor-General de la República. Ocurre que, como referido parecer solo producía efectos normativos ante los órganos e entidades del Poder Ejecutivo Federal, los jueces y tribunales de los estados entendían que la decisión no los alcanzaba y, por ello, adoptaban interpretación contraria a la del STF, cosa que no podría ocurrir si de la sentencia derivara, además de la eficacia *erga omnes*, el efecto vinculante (Cfr. LEAL, Roger Stiefelmann, *in Efeito vinculante na Jurisdição constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2006, p. 158).

incidental y sólo se presenta como una cuestión prejudicial del mérito de una acción procesal de naturaleza subjetiva; la decisión judicial sólo produce efectos entre las partes, y la norma sigue siendo vigente y eficaz para todos los demás, mientras no sea suspendida su ejecución por el Senado Federal, tras la decisión definitiva, por medio de recurso extraordinario, del Supremo Tribunal Federal<sup>968</sup>.

Así que la experiencia concreta de nuestros jueces y tribunales, hasta bien poco tiempo, no era de brindar respeto reverencial a las decisiones de la más alta Corte de Justicia pues nunca hemos tenido instrumento semejante al del *stare decisis*<sup>969</sup> aunque nuestro Tribunal haya sido inspirado en el modelo de la Suprema Corte Norteamericana.

Ahora bien, tras la expresa consagración del efecto vinculante de sus sentencias, se opera un cambio muy importante. Tal innovación rellena una laguna técnica en nuestro ordenamiento jurídico, hace mucho encarecida por la doctrina nacional<sup>970</sup>.

Suele decirse que el efecto vinculante constituye un *plus* en relación a la eficacia *erga omnes*, expandiendo los efectos de las sentencias a todos los órganos públicos; es una *calidad* de la sentencia que *supera*, por tanto, la propia *eficacia general* en la medida en que impone una obediencia no sólo general, sino también específica a los *órganos del Poder Judicial* y de la *Administración Pública*, con lo que se asegura mayor racionalidad al sistema de control de constitucionalidad y, sobre todo, el respeto incondicional a la autoridad del máximo intérprete de la Constitución<sup>971</sup>.

La Constitución pasa a imponer una *vinculación exterior* al proceso, dirigida a los órganos estatales, dado que las nociones de la cosa juzgada y de la propia eficacia general, como ya hemos señalado, no llegaban a impedir que el Legislativo y también el Ejecutivo pudieran editar nuevo acto normativo (o comportamiento) anteriormente declarado inconstitucional por el STF en control concentrado de constitucionalidad<sup>972</sup>, situación que obligaba a los legitimados a promover una nueva acción de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema. El significado práctico del efecto vinculante, por tanto, es el de que, proferida la declaración de constitucionalidad o de inconstitucionalidad de la norma por el STF, los tribunales y los órganos del Poder Ejecutivo quedan obligados a guardar plena obediencia a la sentencia.

---

<sup>968</sup> El problema relativo a la eficacia *erga omnes* de la decisión definitiva del STF la Constitución de 1934 intentaba resolver con la ingeniosa fórmula –que cuidaba de preservar el principio de la separación de poderes– confiriendo al Senado Federal la competencia para suspender la ejecución, en el todo o en parte, de cualquier ley o acto, deliberación o reglamento, cuando hubieran sido declarados inconstitucionales por el Poder Judicial (Art. 91, IV y 96, CF de 1934). La decisión de inconstitucionalidad, además, sólo podría ser adoptada por la mayoría de la totalidad de los miembros de los tribunales (Art. 179 de la Carta de 1934).

<sup>969</sup> Al contrario que la concepción norteamericana, en nuestro derecho nunca se ha seguido la doctrina de los precedentes obligatorios. Y ello porque, pese la importación del modelo difuso de control de constitucionalidad, la cultura jurídica y política predominante en la época era la europea, fundada en la soberanía del parlamento, la única fuente productora del derecho. Luego, con la rígida concepción del principio de la separación de poderes que siempre hemos tenido, no se podría dar al STF, que es órgano del Poder Judicial, la última palabra para anular leyes, tanto que solo al Senado se reservó esa tarea.

<sup>970</sup> Entre ellos: Celso Ribeiro BASTOS, in *Elementos de direito constitucional*, Saraiva, São Paulo, 1975, p. 53; Clèmerson Merlin CLÈVE, in *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, Ed. RT, São Paulo, 1995, p. 161; Saulo RAMOS, in *Cadernos de direito constitucional e ciencia política*, n. 16, Ed. RT, 1996, p. 25-26 etc.

<sup>971</sup> Su aparición se debe, mucho más, a razones pragmáticas, pues como un control de poder, el Tribunal debería poder alcanzar a aquellos que disponen, por su autoridad para producir derecho, de la capacidad de desconocer o infringir sus decisiones.

<sup>972</sup> Cfr. TAVARES, André Ramos, *Tratado da arguição de precepto constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2001, p. 382.

Tal eficacia, por tanto, al vincular de modo especial sus destinatarios a la interpretación constitucional realizada por el Supremo Tribunal Federal, supera en definitiva la visión tradicional que negaba a la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema el papel de fuente de derecho<sup>973</sup>.

Así, resuelta la cuestión en el ámbito del control abstracto de normas por el STF, el poder público tendrá que conformar su actuación en los casos futuros de acuerdo con el posicionamiento asumido por la Corte. De ello deriva la cuestión de saber lo que constituye tales fundamentos, o más exactamente, cuáles son los límites objetivos y subjetivos del efecto vinculante.

## 6) Límites objetivos y subjetivos del efecto vinculante

El carácter *trascendente* de este efecto vinculante, según el entendimiento de la mayor parte de la doctrina<sup>974</sup>, incide no sólo sobre el contenido de la parte dispositiva de la sentencia, sino también sobre la *norma abstracta* que de ella se extrae, esto es, la proposición de que determinado tipo de situación, conducta o regulación –y no sólo aquella objeto de pronunciamiento jurisdiccional- es constitucional o inconstitucional, y debe, por ello, ser preservada o eliminada<sup>975</sup>.

En sucesivas decisiones, como señala Luis Roberto Barroso, el Supremo Tribunal Federal tiene extendido los límites objetivos y subjetivos de las decisiones proferidas en sede de control abstracto de constitucionalidad, en base a una construcción que viene denominando *trascendencia de los motivos determinantes*. Según ese criterio, se ha reconocido eficacia vinculante no sólo a la parte dispositiva de la sentencia, sino también a los propios *fundamentos* que dictaron la decisión. En otras palabras: jueces, tribunales y órganos públicos deben acatamiento no sólo a la conclusión del *acórdão* (sentencia), sino también a las *razones de decidir*<sup>976</sup>.

El efecto vinculante, como un *plus* en relación a las nociones de cosa juzgada y eficacia *erga omnes*, según la doctrina alemana dominante, impone las siguientes consecuencias para los no participantes del proceso:

---

<sup>973</sup> Para André Ramos TAVARES, la adopción del efecto vinculante entre nosotros no sólo caracteriza las decisiones del Tribunal Constitucional como fuente del derecho, sino también crea un nuevo grado en la estructura del derecho, por ubicar la decisión del Tribunal Constitucional en rango distinto de lo de las leyes en general (*in Teoria da Constituição*, p. 444).

<sup>974</sup> Mientras una corriente doctrinaria entiende que, así como la cosa juzgada, el efecto vinculante se limita a la parte dispositiva de la sentencia, de manera que no habría distinción entre la cosa juzgada y el efecto vinculante, la corriente mayoritaria piensa que la eficacia de la decisión del Tribunal trasciende el caso singular, de modo que son los principios dimanados de la parte dispositiva y de los fundamentos determinantes sobre la interpretación de la Constitución los que deben ser observados por jueces, tribunales y demás autoridades en el futuro (cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, *in Controle concentrado de constitucionalidade*, pp. 530-531). Para Roger Stiefelmann LEAL, el efecto vinculante es autónomo, no pudiendo ser confundido o sobrepuesto a los demás efectos y calidades derivadas de la naturaleza del control abstracto de constitucionalidad; su objeto trasciende el *decisum* en sentido estricto (Ob. cit. pp. 149-150).

<sup>975</sup> Según Gilmar Ferreira MENDES, que ha sido colaborador del proyecto de la EC 03/93, la concepción del efecto vinculante consagrada por la referida enmienda está estrictamente vinculada al modelo germánico disciplinado en el Art. 31, (2), de la LOTC., dejando claro que tales efectos no se limitan a la parte dispositiva de la decisión, sino que inciden sobre los propios fundamentos determinantes de la decisión (*in O controle concentrado de constitucionalidade*, p. 530).

<sup>976</sup> BARROSO, Luis Roberto, *in O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 184. Examinando la jurisprudencia reciente del STF no se observa, sin embargo, posición clara al respecto (Recl. 2475-AgR, 02.08.2007; Recl. 2990-AgR, 14.09.2007 y Recl. 2363, 01.04.2005, solo esta última pareciendo admitirlo).

1) Aunque no tengan integrado el proceso, los órganos constitucionales están obligados, en la medida de sus responsabilidades y atribuciones, a tomar las necesarias providencias para el deshacimiento del estado de ilegitimidad;

2) Así, declarada la inconstitucionalidad de una ley estatal, quedan los órganos constitucionales de otros Estados, en los cuales rigen leyes de tenor idéntico, obligados a revocar o modificar los referidos textos legislativos.

3) También los órganos no partícipes del proceso quedan obligados a observar, en los límites de sus atribuciones, la decisión proferida, siéndoles vedada adoptar conducta o practicar acto de tenor semejante a aquél declarado inconstitucional por el *Bundesverfassungsgericht* (prohibición de reiteración en sentido lato: *Wiederholungsverbot im weiteren Sinne oder Nachahmungsverbot*). La ley del Tribunal Constitucional alemán autoriza al Tribunal, en el proceso de recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) a incorporar la prohibición de reiteración de medida considerada inconstitucional en la parte dispositiva de la decisión (par. 95, I, 2)<sup>977</sup>.

Tal doctrina parece plenamente compatible con el derecho brasileño, donde la propia Constitución Federal prevé, además del efecto vinculante para las decisiones en control abstracto, el instrumento de la **reclamación** para preservación de la **competencia** y garantía de la **autoridad** de las decisiones del Supremo Tribunal Federal, vía procesal que sólo tendría sentido en el caso de que hubiese una decisión anterior dotada de una fuerza obligatoria semejante a la que se nos ocupa. Y, de hecho, el STF, en recientes decisiones viene siguiendo aquellos postulados<sup>978</sup> y admitiendo el manejo de la reclamación, incluso por parte de terceros no participantes del proceso objetivo<sup>979</sup>, en contra de decisiones judiciales que hayan afrontado sus anteriores decisiones en el control abstracto de constitucionalidad.

Cuestión todavía no muy clara es la de saber cuáles son los **fundamentos determinantes** en una sentencia de control de constitucionalidad. Según jurisprudencia constante del T.C.F. alemán, los **motivos** en los que se basa la decisión (*ratio decidendi*) tienen también efectos obligatorios en la medida en que contienen declaraciones sobre la interpretación de la Constitución. Tal concepción, según Schlaich, es cada vez más criticada; entiende que “no parece procedente la canonización de las frases del Tribunal contenidas en las motivaciones de sus sentencias, primero porque después de una jurisprudencia de treinta años todavía no se sabe claramente qué motivos de una decisión son verdaderamente la base de una decisión”, y pregunta: “¿son las declaraciones lógicamente obligatorias para la decisión, o bien son aquellas que el Tribunal considera

---

<sup>977</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle concentrado de constitucionalidade*, pp. 532-533.

<sup>978</sup> Conforme dos recientes juzgados: Recl. 1.987-0, Rel. Min. Mauricio CORREA, DJU de 21.05.2004 y Recl. 2.986, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Inf. STF n° 379, 2005. En este último caso entendió el STF que la Justicia del Estado de Sergipe no podría considerar inconstitucional ley de contenido idéntico a otra, del Estado del Piauí, que el STF anteriormente declarara constitucional en ADI (acción directa de inconstitucionalidad). En el Informativo 379- STF consta el siguiente registro: El plenario del Supremo Tribunal Federal, en el examine final de la Recl. 1.987/DF, Rel. Min. Mauricio CORREA, expresamente admitió la posibilidad de reconocerse, en nuestro sistema jurídico, la existencia del fenómeno de la *trascendencia de los motivos* que han embasado la decisión proferida por esta Corte, en proceso de fiscalización normativa abstracta, en orden a proclamar que el efecto vinculante se refiere, también, a la propia *ratio decidendi*, proyectándose, en consecuencia, para amén de la parte dispositiva del juzgado, *in abstracto*, de constitucionalidad o de inconstitucionalidad (Cfr. BARROSO, Luis Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 184).

<sup>979</sup> Es lo que el STF decidió en el AgRg. en la Recl. 1.880-6-SP., Rel. Min. Mauricio CORREA, DJU de 19.03.2004, cfr. BARROSO, Luis Roberto, ob. cit. p. 185).

como obligatorias y que por esta razón las ha sopesado y formulado después de maduras reflexiones?”<sup>980</sup>.

En nuestro sistema, al contrario de lo que sucede en el Tribunal Constitucional Español –donde los fundamentos jurídicos de las sentencias son numerados y especificados claramente<sup>981</sup>– los argumentos jurídicos decisivos en la resolución de la cuestión constitucional no siempre son fácilmente identificables en los *acórdãos* (sentencias), lo que puede plantear cierta inseguridad sobre lo que han sido sus *fundamentos determinantes* y lo que sólo serían *obiter dicta*, o cosas dichas de pasaje.

En sí mismo ya es muy difícil determinar lo que constituye *obiter dicta*, simples observaciones al pasar, con relación a los llamados *dictum* argumentativos, que se relacionan más o menos lateralmente con las razones decisivas del fallo, y son opiniones del Juez o Tribunal que valen como valoraciones jurídicas, constituyendo por ello antecedentes dotados de autoridad. Parécenos necesario, por tanto, que, en homenaje a la seguridad y certeza, nuestro Tribunal debería apuntar, en la sentencia, cuáles son los fundamentos jurídicos que considera, efectivamente, determinantes en la resolución de la cuestión constitucional.

Esta especificación de los motivos determinantes cobra más sentido cuando se tiene en cuenta que, en razón de la pluralidad de opiniones del órgano colegiado, no es infrecuente la discrepancia de fundamentos entre los votos que componen la decisión mayoritaria.

Tema correlato al de los límites objetivos es el de los *límites subjetivos* del efecto vinculante. Es cierto que la Constitución Federal brasileña, al contrario de lo que ocurre en otros países<sup>982</sup>, no incluyó el legislador en la regla del efecto vinculante<sup>983</sup> habiéndose limitado sólo a los “demás órganos del Poder Judicial y a los órganos de la Administración directa e indirecta”, lo que permite al órgano legislativo deliberar acerca de la materia. En tal supuesto, en la hipótesis de reedición de norma de contenido idéntico o

---

<sup>980</sup> SCHLAICH, Klaus, *El tribunal constitucional alemán, in Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, pp.210-212. Debe apuntarse, al propósito, la imposibilidad lógica de distinguirse entre declaraciones obligatorias y aquellas que el Tribunal considera obligatorias; serán obligatorias, lógicamente, las que el Tribunal diga que lo son. Por ello, debe decir el mínimo necesario.

<sup>981</sup> Las sentencias del Tribunal Constitucional Español poseen cuatro partes distintas: la primera conteniendo su identificación (numero, fecha de adopción de la resolución, numero y fecha del Boletín Oficial del Estado en que se ha publicado la Sentencia o Los Autos y las providencias, miembros del Pleno que han dictado la Sentencia, numero asignado al asunto en el Registro del Tribunal; en seguida hay un resumen, conteniendo los puntos centrales de la sentencia, elaborado por el Servicio de Doctrina Constitucional y Informática del Tribunal Constitucional, que no forma parte de la resolución y no tiene, por tanto, valor oficial, si bien son de gran utilidad para aprehender, en una rápida lectura, el contenido de la misma), la segunda, los Antecedentes, la tercera los Fundamentos Jurídicos y la cuarta el Fallo, seguido de los eventuales votos particulares (Cfr. , ob. cit. p. 180).

<sup>982</sup> En Alemania, el párrafo 31, n. 1, de la LOTC, al hacer referencia a los órganos constitucionales de la federación y de los *Länder*, vincula también el Poder Legislativo a sus decisiones. En España, con base en el Art. 161, apartado 1, a, de la Constitución, la LOTC, al definir los efectos de las sentencias proferidas por la Corte en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, establece, en el apartado 1 del artículo 38, la aplicación del efecto vinculante a todos los poderes públicos.

<sup>983</sup> La EC 03, de 16 de marzo de 1993 se basaba en la propuesta de enmienda Roberto CAMPOS, que propugnaba la adopción integral del modelo alemán en el cual se vincula también al legislador. Eso lleva a Gilmar Ferreira MENDES a decir que se deba buscar en la literatura alemana el significado efectivo del instituto del efecto vinculante (*in Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 530).

similar, por no estar el legislador vinculado a la motivación del juicio sobre la validez del diploma legal precedente, sería de plantearse otra acción directa de inconstitucionalidad<sup>984</sup>.

Esta no parece ser, sin embargo, una conclusión que se deba suscribir sin matices. La opción del legislador constitucional<sup>985</sup>, de no vincular al legislador ordinario a las decisiones del Supremo Tribunal Federal no quiere decir que el Poder Legislativo pueda, sin más, reeditar leyes inconstitucionales haciendo nula una decisión de la Corte Constitucional que expulsara la ley del ordenamiento jurídico. Hay que partir de la idea de que el legislador, en el uso de su competencia típica, dispone de mejores condiciones para conformar y reformar el ordenamiento jurídico, ya que basándose en los hechos de la realidad social, debe establecer por sí mismo las normas que han de regular las conductas según las necesidades sociales, conforme criterios de conveniencia y oportunidad, tarea que, por definición, no es propia del método jurídico seguido en los tribunales<sup>986</sup>.

Ahora bien, si es razonable que el legislador, como representante directo del poder político, disponga siempre de un *alto grado de libertad de conformación del ordenamiento jurídico*, en atención a la dinámica social, la misma noción de razonabilidad exige su sumisión, en principio, a la autoridad de las decisiones del STF, especialmente en lo que se refiere al juicio de inconstitucionalidad de una ley, de cuyos comandos sólo podría apartarse cuando hubiese justificaciones serias, motivadas por cambios sociales o de parámetros constitucionales<sup>987</sup>. De no ser así el Poder Legislativo podría convertirse en el *juez de la Suprema Corte*<sup>988</sup>.

Hay, además, un razonamiento mayor. Es que el STF, como Tribunal Constitucional, tiene también el cometido de la *función arbitral* o de resolución de conflictos entre los demás poderes y órganos constitucionales<sup>989</sup>, por medio de la que

---

<sup>984</sup> Es lo que ha decidido el STF en la ADIn 1.850-8-RS, Rel. Min. Sepúlveda PERTENCE, DJU 27.04.2001, p. 57.

<sup>985</sup> En otros sistemas se impide al legislador futuro editar normas de contenido igual o análogo al que fue anteriormente rechazado por inconstitucional. Éste sería el caso de Francia, donde el Consejo Constitucional, en su decisión n° 258, de 1989, ha dicho que: “considerando que si, por un lado, la autoridad atribuida a una decisión del Consejo Constitucional, declarando inconstitucionales ciertos dispositivos de una ley, no puede, en principio, ser útilmente invocada ante otra ley concebida en términos distintos, lo mismo no se da, por otro lado, con las disposiciones de esta última, las cuales, aunque redactadas so forma diversa, tiene, en sustancia, objeto análogo al de aquellas disposiciones legislativas declaradas contrarias a la Constitución” (Cfr. BARROSO, Luis Roberto, ob. cit. p. 182).

<sup>986</sup> Es la propia idea de auto-limitación del Tribunal Constitucional, en el control de constitucionalidad de las normas, que requiere tal comprensión. Es el sistema político el que debe, originariamente, nutrir de leyes el sistema jurídico. Y, como la experiencia demuestra, los desarrollos del derecho devienen más de las manos del legislador que de los Jueces y Tribunales. De ahí la lógica de ser mayor la libertad del legislador para conformar el sistema jurídico, incluso cuando éste se torne, por la interpretación de los tribunales, inconveniente o injusto, el que, en el límite, implicaría en una involución jurídica indeseada.

<sup>987</sup> La necesidad de apertura a cambios de condiciones sociales de existencia y de conciencia social es una noción tan fuerte en la realidad constitucional que en la propia Alemania, donde el efecto vinculante se aplica también al legislador, el Tribunal Constitucional Federal, en juzgado de 1987, reconoció al Parlamento el derecho de reintroducir disciplina legislativa materialmente semejante a la que hubiera sido declarada inconstitucional, flexibilizando, en el caso, la fuerza del efecto vinculante (Cfr. LEAL, Roger Stiefelmann, ob. cit. p. 120).

<sup>988</sup> Si el legislador se desprendiera enteramente del efecto vinculante de la decisión de un Tribunal Constitucional, pudiendo reeditar leyes consideradas inconstitucionales por la Corte, sin que hubiese habido un cambio político o social en el parámetro material de control, la competencia constitucional del STF quedaría vulnerada y, a lo sumo, el principio de la separación de poderes sería como letra muerta. El legislador, el principal blanco del control constitucional de normas, podría convertirse en juez revisor de las sentencias del Tribunal.

<sup>989</sup> Son ejemplos de esta función las competencias que le son atribuidas por la Constitución Federal en el Art. 102, I, letra f, letra o, CF. Además, la propia Carta Magna ha instituido un mecanismo procesal específico a

controla y asegura que cada uno de ellos se mantenga en su ámbito constitucional de actuación propio. Así que, en el supuesto de que el legislativo reeditara sin nuevo fundamento ley declarada inconstitucional por la Corte Suprema<sup>990</sup>, tendría este Tribunal que reconducirlo a su sitio anulándola, por invasión de su competencia constitucional<sup>991</sup>.

Tal función arbitral de un Tribunal Constitucional se impone como una exigencia de su funcionalidad, aún cuando haya de decidir sobre su *propia competencia*, pues, como ha dicho André Ramos Tavares, “el Tribunal Constitucional ejerce, con características de definitividad, la función de definir (disminuir, alargar o conformar con los anhelos oficiales) sus funciones. Ello significa la competencia implícita de declarar, en causa propia, si es suya o no determinada tarea que le sea presentada. Este es el típico proceso abierto de definición funcional de un órgano”<sup>992</sup>.

El mismo fundamento que ha llevado al legislador constitucional a no vincular el STF a sus propias decisiones de constitucionalidad anteriores nos parece aplicable al legislador. Entiende la doctrina que la decisión que declara constitucional la norma, sea por juzgar improcedente la ADIn, sea por juzgar procedente la ADC, no impide que, posteriormente, se la pueda impugnar en acción directa de inconstitucionalidad ante el STF. Es que pueden sobrevenir cambios en el ordenamiento constitucional, en la situación de hecho subyacente a la norma o incluso hasta en la propia percepción del derecho que debe prevalecer en relación a determinada materia<sup>993</sup>.

Como es sabido, la declaración de inconstitucionalidad opera efectos sobre la propia ley o acto normativo, que ya no podrá ser validamente aplicado. Pero, en el caso de

---

la defensa de preceptos fundamentales a cargo del STF, que ahora se suma a los ya existentes en materia de control concentrado, presentándose tanto como acción autónoma, como incidentalmente en procesos ya instaurados (Art. 102, II, Par.1º, CF). Por esta vía, e incluso por la vía de la propia reclamación para la preservación de su competencia y autoridad de sus decisiones (Art. 102, I, letra I, CF) el STF tiene la misión de hacer cumplir los preceptos fundamentales, de entre ellos el Art. 1º de la Constitución Federal, según el cual “La República Federativa del Brasil, formada por la unión indisoluble de Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: I- la soberanía; II – la ciudadanía; III-la dignidad de la persona humana; IV-los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa; el pluralismo político. Párrafo único. Todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes elegidos o directamente, en los términos de la Constitución”. Más aún: el precepto del Art. 2º, según el cual “Son poderes de la Unión, independientes y armónicos entre sí, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial”.

<sup>990</sup> No se olvida las dificultades en definir el significado de lo que sería “nuevo fundamento”, porque el legislador tiene amplitud de valoración sobre hechos sociales; pero, el fundamento sociológico invocado habrá de estar razonablemente demostrado con arreglo a las normas y principios constitucionales vigentes. El análisis del Tribunal Constitucional sobre la cuestión deberá seguir, también, las pautas de lo razonable, sólo pudiendo censurar la nueva ley en caso de identificar arbitrio del legislador.

<sup>991</sup> La propia noción de “Estado Limitado”, según la cual el gobierno debe encontrar balizas constitucionales y que éstas le deben ser impuestas, cuyo presupuesto es, en la actualidad, la supremacía constitucional, fundamenta la competencia del STF como Tribunal Constitucional y, así, guardián de la Constitución, para proteger sus propias competencias de eventuales invasiones por otros poderes u órganos.

<sup>992</sup> *Teoría da justiça constitucional*, p. 215. Al propósito, véase la LO 06/07, Art. 4º, I y II, al prescribir la prohibición de que se plantee en el TC Español cuestión sobre su jurisdicción o competencia, previendo su auto competencia para declararse competente.

<sup>993</sup> Cfr. BARROSO, Luis Roberto, ob. cit. p. 213. El voto del Ministro Carlos VELLOSO en la QO en la ADC 1-DF (RTJ, 157/371, 1996, p. 401, ha señalado: “Alterándose la constitución sustancial, a esta se ha de ajustar la constitución formal. De ahí porque interpreto la norma inscripta en la Enmienda Constitucional nº 3, de 1993, que establece la eficacia *erga omnes* para la decisión que resuelve en definitivo la acción declaratoria de constitucionalidad, *cum grano salis*. Quiere decir, la declaración de constitucionalidad de ley no impide que, a mi ver, delante de alteración de las circunstancias fácticas o de la realidad normativa, se promueva la acción de inconstitucionalidad. Pienso que esta es una posición que la Corte constitucional debe asentar. Es que, como se ha dicho, hoy, la ley puede ser constitucional, mañana no”.



improcedencia del pedido, nada ocurre con la ley en sí, y lo mismo se puede decir, con matices, cuando el Tribunal juzga procedente la acción declaratoria de constitucionalidad, pues en este supuesto la norma apenas tiene reafirmada su presunción de constitucionalidad<sup>994</sup>. Suele decirse que no hay un *cambio cualitativo* de la situación jurídica<sup>995</sup>.

Parece claro que, si el Tribunal no ha hecho más que decir que la ley sigue siendo constitucional, quedaría sin sentido que, en el futuro, surgiendo nueva situación jurídica, no pudiese la Corte reexaminar la norma mediante nuevos argumentos o fundamentación, puesto que es de la vigencia y de los efectos concretos de la norma en el medio social que se establecen las cuestiones jurídicas<sup>996</sup> y el Tribunal Constitucional, como órgano jurisdiccional competente para la guardia de la Constitución viva, no podrá negarse a examinar la nueva cuestión constitucional traída bajo prisma jurídico-constitucional diverso<sup>997</sup>.

Sin embargo de este razonamiento lógico, parece necesario hacer una matización. Es que en caso de que el Tribunal decida que la norma es constitucional, y, por consecuencia, que las decisiones en el sentido contrario de otros jueces o tribunales ofenden la Constitución Federal, estará haciendo una interpretación constitucional que  **fija el contenido de la norma**  que debe seguirse en el ordenamiento jurídico, pronunciamiento éste que determina la aplicación por otros órganos jurisdiccionales y que deberá ser seguido por todo el sistema judicial y administración pública en general.

En tal situación, a diferencia de lo que se da en la sentencia simplemente desestimatoria de la ADIn –en la que el Tribunal solo declara indirectamente la constitucionalidad de la norma- ya no puede considerarse que la norma sigue siendo sólo presumidamente constitucional<sup>998</sup>, ya que sobre la constitucionalidad incidió el *juicio*

---

<sup>994</sup> “La validez de la ley no depende de la declaración judicial, y la ley rige, tras la decisión, tal como regía anteriormente. No queda el legislador, igualmente, impedido para alterar o revocar la norma en aprecio” (MENDES, Gilmar Ferreira, in *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 519). El autor, con base en la doctrina alemana, que admite, de manera excepcional, que la ley declarada constitucional pueda ser objeto de nueva acción de inconstitucionalidad, sostiene: “declarada la constitucionalidad de una ley, se tendrá que concluir por la no admisibilidad de que el Tribunal se ocupe, una vez más, de la estimación de su legitimidad, salvo en el caso de significativo cambio de las circunstancias de hecho o de relevante alteración de las concepciones dominantes” (Ídem, p. 523).

<sup>995</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, in *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 521.

<sup>996</sup> Es un principio procesal, también admitido entre nosotros, apoyado en las enseñanzas de Enrico Tullio LIEBMAN y SAVIGNY, el de que las sentencias contienen implícitamente la cláusula *rebus sic stantibus*, de manera que las alteraciones posteriores que cambien la realidad normativa, bien como eventual modificación de orientación jurídica sobre la materia, pueden tornar inconstitucional una norma anteriormente considerada legítima (inconstitucionalidad superveniente) (Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, ob. cit. p. 524).

<sup>997</sup> En el derecho español, también, “el hecho de que el Tribunal Constitucional confirme la adecuación a la Constitución de una disposición legal, desestimando en consecuencia el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad, en modo alguno supone que aquella devenga no revisable, como si gozara ya, por este hecho, de una eterna presunción de constitucionalidad *iuris et de jure*. Pues la LOTC, al respecto, solamente establece la siguiente restricción: ‘las sentencias desestimatorias dictadas en recurso de inconstitucionalidad impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión en la misma vía, fundado en infracción de idéntico precepto constitucional’ (Art. 38.2). Consiguientemente, nada impide que mediante una cuestión de inconstitucionalidad el Tribunal vuelva a enjuiciar una norma cuya constitucionalidad fue ya declarada en un anterior recurso de inconstitucionalidad (por todas, STC 319/1993, FJ 2º); ni tampoco cabe inferir de la LOTC que resulte imposible la sucesión de diversas cuestiones, dado que ‘la reiteración de procesos con el mismo objeto y por las mismas razones sólo está vedada en el caso de los recursos de inconstitucionalidad’ (ATC 93/1991, FJ único)” (Cfr. , *Jurisdicción y procesos constitucionales*, p. 69).

<sup>998</sup> La presunción de constitucionalidad de las leyes no es diversa de la presunción de la legitimidad de los actos estatales; ambas son *juris tantum*. Pero, si un Tribunal Constitucional declara la constitucionalidad de una ley, y si la Constitución atribuye fuerza vinculante a tal decisión, parece impropio seguir hablando de

**positivo** del máximo interprete de la Constitución y la fuerza vinculante que tal sentencia despliega obliga a considerársela como constitutiva de una nueva situación jurídica.

Debe recordarse que la ADC tiene como presupuesto la interpretación controvertida que jueces y tribunales han hecho de la norma, y es sobre este plano concreto que el STF enjuicia la constitucionalidad. La declaración de constitucionalidad opera un corte en el *iter* del control difuso, repercutiendo obligatoriamente sobre las cuestiones litigiosas, incidiendo en todos los procesos judiciales en los que se discutía la cuestión constitucional en carácter incidental. El pronunciamiento de la Corte sobre la correcta manera de interpretar la norma tiene un sentido pacificador en el ordenamiento jurídico, que no es lo mismo que el de simple desestimación de una acción directa de inconstitucionalidad en que, suele decirse, no se agrega nada porque la ley sigue presumida como constitucional.

En efecto, al ***solucionar graves controversias judiciales instauradas*** en el interior del Poder Judicial, la decisión del STF en la ADC produce seguridad, un valor constitucional que debe ser protegido. De no ser así, es decir, si el Tribunal pudiera, sin más, declarar inconstitucional la norma antes juzgada constitucional en una ADC, se instalaría la inseguridad jurídica en la medida que innumerables procesos judiciales en trámite tendrían sido indebidamente afectados, conculcando derechos antes reconocidos como válidos por la más alta Corte de Justicia del país, el que pondría en riesgo la propia autoridad del Tribunal.

Parécenos, así, que el STF, siendo llamado a juzgar sobre la constitucionalidad de norma (no necesariamente el mismo dispositivo) antes considerada constitucional en acción declaratoria de constitucionalidad sólo lo haga de manera excepcional y en situación muy justificada y basada en cambios jurídico-políticos<sup>999</sup>.

Tal hipótesis puede justificar que, en adelante, el STF pase a explicitar, con mayor claridad, en sus *acórdãos* (sentencias), los ***fundamentos*** considerados ***determinantes*** y el alcance concreto de sus decisiones, muy particularmente en las sentencias que aplican la técnica de la interpretación conforme, con lo que se confiere mayor seguridad jurídica a los fallos, permitiendo la planificación del futuro sin sobresaltos y, además, dificultando la reedición de leyes y actos normativos ya declarados inconstitucionales<sup>1000</sup>.

---

simple presunción. No se presume vinculantes las decisiones judiciales transitas en juzgado, lo son. Ello abunda en las decisiones de un Tribunal Constitucional dotadas de eficacia *erga omnes*.

<sup>999</sup> Así, distinguimos la situación en que el STF haya simplemente desestimado una acción directa de inconstitucionalidad porque el autor no ha demostrado, de manera convincente, el vicio formal o material y el acierto de su tesis, de la hipótesis aquí referida, en que el pronunciamiento del Tribunal ha sido adoptado en una acción que tiene por objeto la declaración de la constitucionalidad de la norma en función de las relevantes controversias judiciales surgidas al respecto de su validez en el ordenamiento jurídico. Si en el primer supuesto es perfectamente aceptable que el STF pueda enjuiciar una segunda Adin y declarar la norma inconstitucional, en el segundo, tal posibilidad, en principio, nos parece difícil de aceptar cuando se tiene en cuenta los efectos necesarios que la decisión ha producido en el interior del sistema judicial, constituyendo de manera clara nuevas situaciones jurídicas en general.

<sup>1000</sup> Por supuesto, tal providencia se justifica aún más en las sentencias en las que se hacen las llamadas interpretaciones conforme, dada las mayores dificultades que entrañan por contener un lenguaje muy fluido en la búsqueda de un sentido armonizador de la norma con el texto constitucional, en las que el lector no consigue saber bien cuáles de los diversos fundamentos presentados por los Ministros son suficientes para salvar la norma enjuiciada. El problema es menor en la llamada declaración de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto, en donde se excluye una o más interpretaciones –generalmente la más obvia y se firma una interpretación alternativa compatible con la Constitución.

En síntesis, puede sostenerse que la *opción del legislador constitucional, al excluir al Supremo Tribunal y al legislador ordinario* del efecto vinculante en las decisiones de control abstracto de normas, se fundamenta en la noción de que la *Constitución*, como *realidad viva y cambiante* -como es propio del derecho-, no podría mantenerse presa a una jurisprudencia retrospectiva, esto es, aquella en la que generaciones pasadas dictasen los modos de vida para las generaciones futuras, basadas en concepciones rígidas de las normas constitucionales –y a veces equivocadas– tal como si fuera posible enyesar la realidad social, impidiendo que la *vida se desarrollase fuera de los tribunales*.

Debe apuntarse, aún en el tema de los límites subjetivos del efecto vinculante, que la EC 45/2004 ha cambiado la redacción del texto anterior, atribuida por la EC 03/93, sacando del artículo 102, par. 2º de la Constitución, la expresión “Poder Ejecutivo” y introduciendo en su lugar la expresión “Administración directa e indirecta”, con el que reorientó técnicamente la definición de los destinatarios del efecto vinculante.

El legislador tuvo en cuenta, por cierto, el objetivo de dirigir el efecto vinculante no más al Poder Ejecutivo como el todo, dotado de atribuciones de naturaleza jurídica, administrativa y política, pero sí, únicamente, a la administración, término que indica la decisión de sustituir el criterio orgánico por el *criterio funcional* del destinatario.

Se han seguido las exigencias de la doctrina actual de separar las funciones del Estado, como las que atañen a los *órganos de la soberanía*, caracterizados por recibir directamente de la norma constitucional su *status*, su conformación, su competencia, composición, en fin, definición, de aquellas otras desempeñadas por órganos del Estado. Con ello, la actividad legislativa del Poder Ejecutivo quedaría liberada, en principio, del deber de observar el efecto vinculante<sup>1001</sup>, uniformizando el trato conferido al Poder Legislativo.

En el plano práctico, compete al Poder Ejecutivo, en el ejercicio de sus atribuciones administrativas, observar la *ratio decidendi* de las decisiones del STF en el control abstracto de normas. Pero lo relevante es que la norma constitucional ahora no impide, en principio, que el Jefe del Ejecutivo Federal, el Presidente de la República, pueda reproducir, en forma de *medida provisoria*, proyectos de ley y decreto, preceptos normativos ya declarados inconstitucionales en acción directa de inconstitucionalidad.

Además de ello, según Roger Stiefelmann Leal, “queda el Poder Ejecutivo autorizado a sancionar, sin cualquier impedimento de orden jurídica, comandos normativos que contravengan manifiestamente la interpretación constitucional asentada por la Corte”<sup>1002</sup>. Si es cierto que, desde el punto de vista estrictamente técnico, esto es posible, también aquí hay que hacer una breve reflexión.

Tal como hemos sostenido, es la idea del carácter abierto del derecho constitucional la que postula flexibilidad al legislador para proveer el ordenamiento jurídico de nuevas leyes, incluso cuando sea necesario suplir errores de que el propio Tribunal Constitucional no es inmune en razón de sus limitaciones metodológicas y humanas.

Esa flexibilidad respecto del legislador permite mayor coordinación con el Tribunal Constitucional en la medida que ciertas decisiones de la Corte Suprema pueden producir serios impactos económicos, políticos o sociales, en contra de valores culturales predominantes en la sociedad, desorganizando sectores y instituciones considerados relevantes, etcétera; frente a ello, el Legislativo – y el Ejecutivo en su función legislativa-,

<sup>1001</sup> LEAL, Roger Stiefelmann, ob. cit. pp.155-156.

<sup>1002</sup> Ob. cit. p. 156.

como órgano depositario de la soberanía del pueblo, dispone de libertad amplia para ofrecer nuevos parámetros normativos, por ley, capaces de eliminar la causa de inseguridad o grave injusticia generada con la decisión.

Es la propia noción de la auto-limitación del Tribunal Constitucional la que postula la exclusión del legislador de la incidencia del efecto vinculante<sup>1003</sup>. Hay, además, un aspecto pragmático-funcional: la estabilización que el efecto vinculante tiende a producir, si no tuviese la *apertura necesaria* para garantizar la *interacción lógica entre los sistemas jurídico y político, éste alimentando a aquél de normas*, no habría cómo impedir que, en el límite, el primero pudiera llegar a cerrarse en sí mismo, llegando a lo que se llama “petrificación de la jurisprudencia” o involución del derecho.

En el supuesto raro de haber necesidad de reproducirse ley juzgada inconstitucional por el STF, el legislador, conociendo los fundamentos determinantes y el alcance de la decisión, debe razonar críticamente en su actividad a fin de justificar, en bases objetivas, las razones en que asientan la necesidad de innovación o reconstrucción de la norma jurídica anulada. Pero, lo que no es aceptable es que el Jefe del Poder Ejecutivo – en tanto en cuanto el legislador- pueda simplemente reproducir, reeditar o sancionar las mismas normas declaradas inconstitucionales por el STF en el control abstracto sin demostración de datos objetivos acerca de factores políticos, económicos o sociales, que podrían producir cambios en la anterior interpretación constitucional hecha por el Supremo Tribunal Federal<sup>1004</sup>.

Aunque el efecto vinculante no haya sido expresamente dirigido a la actividad legislativa del Estado, admitir que el legislador o el Jefe del Poder Ejecutivo puedan sencillamente reeditar leyes juzgadas inconstitucionales por el Supremo Tribunal Federal significaría que el poder político podría superponer su propia interpretación constitucional basada en criterios políticos partidarios, intereses secundarios, en detrimento de la interpretación del máximo guardia de la Constitución<sup>1005</sup>.

Ello conllevaría al absurdo, no solo por razones lógicas –pronunciamientos cíclicos de inconstitucionalidad/reproducción de la norma- sino también porque vulneraría la competencia constitucional del Supremo Tribunal Federal, cuya misión de control de constitucionalidad de las leyes supone la prerrogativa de verificar la regularidad del ejercicio de las atribuciones constitucionales de los demás poderes<sup>1006</sup>.

De otra parte, si el Presidente de la República, que tiene en el proceso legislativo<sup>1007</sup> el poder de iniciativa, sanción y veto, es también uno de los legitimados para el control abstracto de constitucionalidad de normas, la propia eficacia *erga omnes* de las

<sup>1003</sup> El STF, en la ADI 2903, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 19.09.2008, ha reconocido la exclusión del Poder Legislativo de la vinculación a sus decisiones de control abstracto.

<sup>1004</sup> Una nueva ley que observara tales exigencias, reinterpretando la realidad social vigente, si fuera sometida a control de constitucionalidad en el STF ya no podría ser considerada la misma norma y, por consiguiente, el Tribunal, en su interpretación evolutiva, habría de tener en cuenta la revalorización hecha por el legislador.

<sup>1005</sup> Al atribuirse a un Tribunal la guardia de la Constitución, como su intérprete supremo, el constituyente ha hecho una elección en relación a dejar al propio legislador ser juez de sus actos, conforme ha señalado EISENMANN: “Dejar para el legislador el cuidado de respetar la Constitución, o confiar a los jueces el cuidado de asegurarle el respeto. Entre los dos, debe escoger. ¿La elección puede ser dudosa?” (*Apud*, TAVARES, André Ramos, *in Teoria da Constituição*, p. 177).

<sup>1006</sup> Y esta misión de control de constitucionalidad, propia del Tribunal Constitucional, por definición, es de naturaleza no igualitaria. Como ha dicho Duverger, que, al replantear la clásica división de poder en poderes de decisión, ejecución, de consulta y de control, “el poder de decisión implica una superioridad sobre los poderes de consulta y de ejecución, que dependen de él, y el poder de control se define como un medio de presión directo, conferido a un órgano sobre el otro”. (*apud* TAVARES, André Ramos, *ob. cit.* p. 174).

<sup>1007</sup> Artículos 59-69 de la Constitución Federal.

decisiones lo alcanza y, de esta manera, no podría simplemente reproducir en otro instrumento normativo la misma norma antes juzgada inconstitucional por el STF, tampoco instituir medida provisoria con el fin de burlar la decisión de la Corte Constitucional. Si lo hace, nos parece que ofendería la autoridad y la competencia de la Corte Suprema, lo que justificaría, no una nueva acción directa, como hoy se entiende, sino una **reclamación** en carácter liminar, tal como lo prescribe el Art. 102, I, letra I, de la Carta Magna.

Así, la propia fuerza de cosa juzgada material oponible *erga omnes* -que se aplica incluso en relación al propio STF- impediría el conocimiento de eventual acción directa de inconstitucionalidad sobre una misma norma antes declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Por ello, pensamos que el Tribunal no debería entrar a conocer eventual ADI promovida en contra de la norma reproducida, porque, de ser así, se estaría olvidando los efectos de la cosa juzgada material -consistente en la prohibición de nueva discusión de la cuestión en otro proceso<sup>1008</sup>.

Pero, es importante distinguir que la prohibición de conocimiento de nueva acción de inconstitucionalidad derivada de la cosa juzgada material, que aquí se plantea, sólo incide en caso de tratarse de la misma norma<sup>1009</sup>, es decir, norma idéntica a aquella puesta en las disposiciones enjuiciadas, y no de norma de contenido similar, porque la cosa juzgada, como se sabe, tiene como objeto la parte dispositiva de la sentencia y es esta parte, objetivamente, la que se mantiene inalterada imponiéndose el respeto de todos los órganos judiciales, incluso del propio Supremo Tribunal Federal.

Una importante innovación normativa, cuanto a la extensión y alcance de los efectos, ha sido introducida por la ley 9.868/99, cuyo artículo 27 dispone que “al declarar la inconstitucionalidad de ley o acto normativo, y teniendo en vista razones de seguridad jurídica o de excepcional interés social, podrá el Supremo Tribunal Federal, por mayoría de dos tercios de sus miembros, restringir los efectos de aquella declaración o decidir que ella solo tenga eficacia tras su transito en juzgado o de otro momento que venga a ser fijado”.

Es lo que se ha llamado **modulación de los efectos** de la decisión, mecanismo que tiene virtualidad muy grande en un sistema de control de constitucionalidad en el que no hay plazo para la acción directa de control concentrado –ya que en nuestra cultura la norma inconstitucional no cambia en constitucional por decurso del tiempo–, situación que posibilita la declaración de inconstitucionalidad, por el STF, de normas que han pervivido por varios años en el ordenamiento jurídico, produciendo efectos jurídicos válidos que, si

---

<sup>1008</sup> Si el significado práctico de la cosa juzgada material, proyectada por la eficacia *erga omnes*, es precisamente impedir la renovación de la cuestión decidida, no es aceptable que por el simple artificio de cambiarse la forma del acto normativo se deba considerar que se tiene delante otra cuestión jurídica que el Tribunal deba juzgar. Nos parece claro que, en tal supuesto, la norma, que es el resultado de la interpretación constitucional hecha por el Tribunal, y no su dispositivo, ha sido fulminada de inconstitucional, y si otro dispositivo de ley la reproduce, su ser no cambia, es la misma. Así que, admitiéndose que el legislador o el Jefe del Poder Ejecutivo puedan reintroducirla en el ordenamiento, para que el Tribunal Constitucional reexamine su constitucionalidad, hay que aceptar que no hay en relación a ellos, además del efecto vinculante, el principal atributo de la cosa juzgada material.

<sup>1009</sup> La garantía de la protección de la cosa juzgada material es un derecho fundamental entre nosotros, previsto en el Art. 5º, XXXVI CF y se dirige exactamente al legislador: “la ley no perjudicará el derecho adquirido, el acto jurídico perfecto y a la cosa juzgada”. Si, por tanto, una ley declarada inconstitucional por el STF es reeditada, lesionando el derecho individual, será inconstitucional por ofensa a la cosa juzgada y el juez o tribunal ordinario competente puede tutelar el derecho del titular por medio de un *mandado de segurança*, acción constitucional destinada a proteger derecho líquido y cierto en contra de acto del poder público (Art. 5º, LXIX, CF).

anulados por una decisión con alcance *ex tunc*, pura y simplemente, podría producir inseguridades jurídicas y, incluso, desorganización de ciertos sectores jurídicos relevantes.

Dos son las posibilidades entregadas al STF: a) restringir los efectos de la declaración, es decir, limitar a algunos actos o efectos producidos bajo la vigencia de la norma inconstitucional o b) fijar el momento en que la sentencia pasará a desplegar efectos, el que tanto podrá ocurrir antes, como después del tránsito en juzgado de la sentencia.

Ese fenómeno, de acentuado carácter legislativo, nos es novedad en el control de constitucionalidad concentrado Europeo - particularmente en Alemania, Italia y España, donde hace mucho se conoce las llamadas sentencias interpretativas y, todavía en Portugal, donde la Constitución posee regla específica. Como hemos visto, ya en el modelo austríaco originario fuera reconocido a propuesta de Kelsen que la decisión tenía efectos inmediatos desde la publicación, salvo si la Corte estableciera un adiamiento de, en el máximo, un año, lo que permitía al legislador editar una ley adecuada a la Constitución, rellenando lagunas en el ordenamiento jurídico.

## Capítulo IX

### La Acción de Inconstitucionalidad por Omisión

#### Introducción

Una Constitución, obra del poder constituyente perteneciente al pueblo, en la que se manifiesta la conciencia y los ideales de una sociedad en determinado momento histórico con pretensión de validez, debe ser observada y aplicada como norma suprema del ordenamiento jurídico. Pero, el conjunto de normas fundamentales<sup>1010</sup> inscritas en el texto constitucional, por naturaleza, no posee aptitud suficiente para regular, por sí mismo, la totalidad del ordenamiento jurídico. La materia sintetizada en sus principios y reglas exige, muchas veces, la **actuación complementaria de los poderes constituidos** para lograr la eficacia y efectividad necesaria.

Una de las características de las normas constitucionales es su concentración<sup>1011</sup> o carácter principiológico; la Constitución como síntesis de un pacto social basado en ideales políticos, económicos y sociales, fruto de un proceso histórico-cultural, en general utiliza un lenguaje de mínimos en la delicada tarea de construir o reconstruir el ordenamiento jurídico, al organizar el poder, describir y prescribir en líneas generales los principios, los derechos fundamentales, las reglas y los fines que han de regir la sociedad y el Estado a que se refiere.

Un conjunto de normas fundamentales dotadas de supremacía, como estatuto genérico, “debe condensar los principios y normas aseguradoras del progreso, de la libertad y del orden, y necesita evitar casuística minuciosidad, con el fin de no volverse demasiado rígida”<sup>1012</sup>, conforme ha señalado Carlos Maximiliano. De ello se sigue que la Constitución, en buena parte, solo será efectivamente cumplida con la actuación de los poderes constituidos, dotados de competencia constitucional para rellenar amplios espacios dejados a su cargo.

Esta actuación de los poderes constituidos, que puede consistir en la edición de una ley o en la realización de cualquier medida necesaria a la efectiva aplicación de la Constitución, es, en principio, verdadero poder-deber constitucionalmente determinado. Sin embargo, no siempre el órgano competente constitucionalmente cumple su menester, conllevando la no aplicación de la norma constitucional.

Aunque la vulneración de la Constitución suele darse por una acción de los órganos públicos, en cuyo comportamiento se produce positivamente una norma contraria

---

<sup>1010</sup> Al instituir el Estado, la Constitución: a) organiza el ejercicio del poder político; b) define los derechos fundamentales del pueblo; c) establece determinados principios y fines públicos a ser alcanzados. Por ende, las normas materialmente constitucionales pueden ser agrupadas en tres categorías: 1) las normas de organización, trazan la estructura del Estado, cuidando esencialmente de la repartición del poder público y de la definición de la competencia de los órganos públicos; 2) las normas definidoras de derechos son las que típicamente generan derechos subjetivos, invistiendo al destinatario en el poder de exigir del Estado –o de otro eventual destinatario de la norma– prestaciones positivas o negativas, que proporcionen el disfrute de bienes jurídicos en ellas consagrados; 3) las normas constitucionales programáticas trazan fines públicos a ser alcanzados por la actuación futura de los poderes públicos (Cfr. BARROSO, Luis Roberto, *in O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 2006, pp. 221-222).

<sup>1011</sup> Conviene recordar, con GARCÍA DE ENTERRÍA, la lección de Lerche según la cual la Constitución no encierra tanto normas imprecisas como “Derecho concentrado”, lo cual es importante a efectos de la interpretación (*La Constitución como norma*, p. 68).

<sup>1012</sup> *Apud* FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, *in Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, RT, São Paulo, 1992, p. 218.

a los mandamientos o al sentido de normas constitucionales, es posible que los órganos encargados se omitan en la práctica de un deber constitucional, cuyo incumplimiento puede generar inconstitucionalidad por omisión<sup>1013</sup>.

Todos los poderes, el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial<sup>1014</sup>, podrían, en principio, incurrir en una **omisión inconstitucional**; el Ejecutivo puede dejar de adoptar medidas político-administrativas de su competencia, no entregando determinadas prestaciones, por ejemplo en materia de educación (CF, Art. 208); el Legislativo puede no cumplir sus deberes, entre ellos el de editar leyes; el Poder Judicial, a su vez, puede negarse a la entrega de la tutela judicial efectiva (CF, Art. 5º, XXXV), vulnerando en la práctica funciones que la Constitución les ha otorgado.

Sin embargo, la omisión aquí estudiada es tan solo la derivada de **inercia en la elaboración de actos normativos necesarios a la realización de comandos constitucionales**, comportamiento que la Constitución Federal ha querido sancionar al instituir la vía procesal de la acción de inconstitucionalidad por omisión.

El artículo 103, párrafo 2º de la Constitución de 1988, ha consagrado referida modalidad de acción<sup>1015</sup> en los siguientes términos: “Declarada la inconstitucionalidad por omisión de medida para tornar efectiva norma constitucional, será puesto en conocimiento del Poder competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para hacerlo en treinta días”.

Se trata de un mecanismo inspirado en el artículo 283 de la Constitución de Portugal<sup>1016</sup>, pero que ha suplantado aquel modelo en la medida que, mientras en aquel país la acción es admitida solo en falta de **medidas legislativas típicas**, entre nosotros la acción es admitida también para implementar **medidas administrativas** reclamadas como necesarias por la norma constitucional.

Se inscribe, por tanto, en la vía procesal de acción directa de inconstitucionalidad en la modalidad del control abstracto y concentrado. En otros países

---

<sup>1013</sup> “Se incumple la obligatoriedad de una norma constitucional tanto cuando se adopta una conducta por ella vedada –en violación de una norma prohibitiva–, como cuando se deja de adoptar una conducta por ella determinada –en violación de una norma preceptiva–. Porque así es, la Constitución es susceptible de violación tanto por acción como por omisión” (BARROSO, Luis Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 222).

<sup>1014</sup> Como dice Luis Roberto BARROSO, “la omisión inconstitucional puede darse en el ámbito de los tres poderes, por la inercia ilegítima en adoptarse una providencia: (i) normativa, (ii) político-administrativa o (iii) judicial. Relativamente a las omisiones de naturaleza político-administrativa, existen remedios jurídicos variados en nuestro derecho, con destaque para el *mandado de segurança*, (añadimos el *mandado de injunción*) y la acción civil pública. Las omisiones judiciales, por su turno, deberán encontrar reparación en el sistema de recursos instituidos por el derecho procesal, siendo sanados en el ámbito interno del Judicial” (ob. cit. pp. 222-223). El Poder Judicial, entre nosotros, dispone del poder de elaborar sus reglamentos internos y, por tanto, no haciéndolo, también como órgano público (tribunal), puede incurrir en inconstitucionalidad de este tipo.

<sup>1015</sup> Tal modalidad ha sido considerada como especie de las demás acciones de inconstitucionalidad en un único artículo (el Art. 103, CF).

<sup>1016</sup> Conforme apunta Zeno VELOSO, “aunque la Constitución de Yugoslavia, de 1974, Art. 377, ya mencionara la inconstitucionalidad por omisión, el constituyente brasileño se ha inspirado en el Art. 283 de la Constitución de Portugal, que dispone: 1) a requerimiento del Presidente de la República, del Proveedor de Justicia o, con fundamento en violación de derechos de la regiones autónomas, de los presidentes de las asambleas legislativas regionales, el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el no cumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para tornar ejecutables las normas constitucionales. 2) cuando el Tribunal Constitucional verifique la existencia de inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente” (in *Controle jurisdiccional de constitucionalidade*, pp. 248-249).



de Europa, con todo, las omisiones inconstitucionales pueden ser combatidas por diferentes vías, aunque en ellos no se prevea una acción procesal específica a este fin; es lo que ocurre en Alemania y España<sup>1017</sup>.

El mecanismo intenta afrontar el fenómeno de la *ineficacia de las normas constitucionales*, muy acentuado en las constituciones contemporáneas, llenas de normas constitucionales directivas<sup>1018</sup> o de *principio programático* - un conjunto de disposiciones concernientes tanto a derechos de los trabajadores, como a la estructura de la economía y al estatuto del ciudadano<sup>1019</sup> - o de *principio institutivo* -normas en que el constituyente traza esquemas generales de estructuración y atribuciones de órganos, entidades o instituciones, para que el legislador ordinario los estructure en definitivo mediante ley<sup>1020</sup>- cuya efectividad requiere la *integración* de otras normas infra-constitucionales para que puedan desplegar todo el potencial de que se reviste para el ordenamiento jurídico.

Estos nuevos principios que las constituciones actuales han incorporado *imponen al Estado* deberes de prestaciones de naturaleza económica, social, cultural y hasta referente al entorno. La Constitución de México de 1917 es la precursora de ese intento y la Carta de Weimar es apuntada por la doctrina como el paradigma mayor del llamado constitucionalismo social<sup>1021</sup>.

La Constitución brasileña es ejemplo típico de este proceso, que produjo las llamadas *constituciones compromisorias o dirigentes*<sup>1022</sup>. En efecto, como señala Luis

---

<sup>1017</sup> Señala Luis Roberto BARROSO que el tema ya venía siendo discutido en algunos países desde el fin de la década de los cincuenta e inicio de los sesenta, como en Italia y Alemania, también en España tras la Carta de 1978. En estos países la fiscalización de la omisión ha sido hecha por los Tribunales Constitucionales, independientemente de la existencia de cualquier norma reglando la materia (*in O controle de constitucionalidade no Brasil*, p. 33).

<sup>1018</sup> Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, hablando sobre la naturaleza jurídica de las disposiciones de las constituciones actuales describe las normas directivas o programáticas como las que establecen simplemente las directivas de acción, de las cuales no deberá apartarse en el futuro el legislador ordinario, que se encuentra obligado a aplicar citadas disposiciones que, por otra parte, deben ser observadas por la autoridad administrativa en el ejercicio de sus facultades discrecionales (*in Introducción al derecho constitucional comparado*, Fondo de Cultura Económico, México-DF, 1996, p. 537).

<sup>1019</sup> José Afonso da SILVA sostiene: “podremos concebir como programáticas aquellas normas constitucionales a través de las cuales el constituyente, en vez de reglar, directa e inmediatamente, determinados intereses, se limite a trazar los principios a ser cumplidos por sus órganos (legislativos, ejecutivos, jurisdiccionales y administrativos), como programas de las respectivas actividades, visando la realización de los fines sociales del Estado” (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, Malheiros, São Paulo, 1998, p. 138).

<sup>1020</sup> El concepto es de José Afonso da SILVA, ob. cit. p. 126.

<sup>1021</sup> Paulo BONAVIDES demuestra con su peculiar claridad el proceso que ha llevado a la introducción en las Constituciones del siglo XX de las normas derivadas de las exigencias sociales y de los imperativos económicos, creadoras de un nuevo derecho que ha desembocado en la llamada crisis de la normatividad de la Constitución, ante la falta de herramientas teóricas con que interpretar y caracterizar los nuevos institutos y principios introducidos en las Constituciones llamadas programáticas. La Constitución alemana de Weimar es referida como fruto de una agonía: “El Estado liberal estaba muerto, pero el Estado Social aún no había nacido”. De ahí la famosa crítica de Lassalle a la llamada “Constitución hoja de papel” del racionalismo, contraponiéndola a la Constitución real, viva, dinámica, casi palpable, conjunto de fuerzas sociales y económicas indomables, que forman, frente a la Constitución rígida, aquella corriente subterránea e invisible cuyas aguas el formalismo es impotente para represar, siendo ella, en último análisis, la corriente que arrastra en su curso la historia y las instituciones, arruinando los fundamentos del edificio constitucional clásico” (*Curso de direito constitucional*, Malheiros, São Paulo, 2006, p. 230-237).

<sup>1022</sup> Para CANOTILHO, Constituciones dirigentes son aquellas que buscan determinar tareas al Estado buscando alcanzar, a través del derecho, el cambio de la sociedad. Es la creencia de que el legislador (la constitución) puede, a través de anticipación espiritual, conformar la evolución de la sociedad y formular los fines que deben pautar esta evolución (...) (*In Constituição dirigente e vinculação do legislador*, ed. Coimbra, Coimbra, 1982, p. 457).

Roberto BARROSO, más que organizar el poder político, nuestra Constitución instituye derechos consubstanciados en *prestaciones materiales* exigibles, imponiendo metas vinculantes para los poderes constituidos, muchas veces carentes de densificación<sup>1023</sup>.

El fenómeno en el Brasil surgió – señala Ronaldo Poletti- “con la Constitución de 1934, analítica y programática en exceso”<sup>1024</sup>, pero no sería exagerado afirmar que la ineficacia por inercia de los órganos del Poder, es decir, del Gobierno como un todo, en gran parte puede atribuirse al idealismo de nuestras constituciones, las cuales quedan lejos de lograr un fundamento social en la realidad del país”<sup>1025</sup>.

Si es cierto que el “idealismo” constituyente ha contribuido a la inoperancia de ciertas normas constitucionales, no se puede olvidar que históricamente, el desprestigio de la supremacía constitucional ha sido determinado por razones y conveniencias del juego político, fundamentalmente<sup>1026</sup>.

Tal como ha demostrado *Karl Loewenstein*, en muchos casos los poseedores del Poder, sin respeto a las disposiciones constitucionales, descuidan frecuentemente los deberes que la Constitución les impone. Razones del juego político explican la ineficacia de ciertas normas, a pesar de ser esenciales. Tales disposiciones permanecen como *lex imperfecta*, como letra muerta, en contradicción con la supuesta obligatoriedad inalienable de la Ley Fundamental. Las razones para la no observación son varias. Un dispositivo constitucional puede presentarse desde el primer momento como irrealizable. En la mayoría de los casos, sin embargo, los motivos son de naturaleza política: el convencimiento del gobierno de que la aplicación de aquella norma va en contra de sus intereses específicos; la aversión a la norma por los partidos que controlan la asamblea política; la presión social y económica de determinados grupos contra la realización constitucional; factores de política externa. De esta manera, la eliminación de la norma incumplida, a través de una enmienda constitucional, es frecuentemente imposible ante la falta de una mayoría cualificada, o puede ser más políticamente perjudicial de lo que es, simplemente, su inobservancia tácita<sup>1027</sup>.

Eduardo García de Enterría, hablando sobre el derecho español del régimen franquista, ha demostrado la *técnica de burlar el sistema de derechos* y libertades entonces empleado, en el que la llamada Ley Fundamental hacía proclamaciones enfáticas de derechos, cuya efectividad quedaba enteramente condicionada a leyes complementares:

---

<sup>1023</sup> *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 221.

<sup>1024</sup> Por influencia de la Constitución de Weimar de 1919, la Carta de 34 acogió los principios de intervención del Estado en el orden económico y social (Art. 115 y siguientes), abundando en normas de contenido programático; su artículo 39, I atribuía competencia al legislativo para decretar leyes orgánicas para la completa ejecución de la Constitución (Cfr. SILVA, José Afonso da, ob. cit. 231).

<sup>1025</sup> *Controle da constitucionalidade das leis*, Forense, Rio de Janeiro, 2000, pp. 209-210.

<sup>1026</sup> La falta de efectividad de las sucesivas constituciones brasileñas, desde la independència, derivada de la falta de voluntad política en darle aplicabilidad directa e inmediata, según Luis Roberto BARROSO, es fruto de la tradición europea de la primera mitad del siglo XX, que veía la ley fundamental como mera ordenación de programas de acción, convocatoria al legislador ordinario y a los poderes públicos en general (*O começo da história: a nova Interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, in *Interpretação constitucional*, SILVA, Virgilio Afonso da, (Org.), Malheiros, São Paulo, 2005, p.272).

<sup>1027</sup> *Teoría de la Constitución*, trad. Alfredo GALLEGU ANABITARTE, Ariel, Barcelona, 1979, p. 222 y siguientes. El autor ofrece como ejemplo histórico de omisión inconstitucional, entre otros, el ocurrido en Italia, donde la reglamentación e instalación del Tribunal Constitucional ha tardado diez años (de 47-56). Los partidos políticos no se ponían de acuerdo para el nombramiento de los jueces y los sucesivos gabinetes tenían intereses en las facultades concedidas por las leyes fascistas, ostensivamente inconstitucionales. Cuando el Tribunal declaró la nulidad de los diplomas, el Gobierno las continuó aplicando, recordando, probablemente, apunta *Loewenstein*, la famosa frase de *Jackson* tras la sentencia en el caso *Cherokee Nation v. Georgia*: “*John Marshal* dictó la decisión y ahora tendrá que ejecutarla” (ob. cit. p. 225).

“leyes que o bien no llegaron nunca a dictarse, lo que ocurrió con la mayoría de los derechos, o que cuando se dictaron regularon a su arbitrio el ámbito y los condicionamientos (con frecuencia consistentes en decisiones discrecionales de la Administración para hacer posible su ejercicio) de los derechos abstracta y retóricamente proclamados”<sup>1028</sup>.

En nuestro país tal práctica ha sido frecuente. Conforme apunta Regina Maria Macedo Nery Ferrari, en la vigencia de la Constitución de 1969, el artículo 142, par. 1º, no hubiera sido disciplinado por inercia del legislador, y el artículo 45, que disponía sobre la fiscalización del Legislativo sobre los actos del Ejecutivo, sólo fue reglamentado en 19.12.1984, por la ley 7.295. Otro ejemplo es el de la no convocatoria de plebiscito por el Ejecutivo conforme determinaba el artículo 187 de la Constitución de 1937: “Esta Constitución entrará en vigor en su fecha y será sometida al plebiscito nacional en la forma regulada en decreto del Presidente de la República”<sup>1029</sup>.

Un caso emblemático de omisión inconstitucional ha sido el de la no reglamentación legislativa del Art. 192, par. 3º -revocado por la EC 40/2003- que prescribía: “Las tasas de interés reales, incluidas en ellas comisiones y cualesquiera otras remuneraciones directa o indirectamente referidas a la concesión de crédito, no podrán ser superiores al doce por ciento al año; el cobro amén de este límite será estimado como crimen de usura, punido en todas sus modalidades, en los términos que la ley determine”. El STF ha decidido que se tratara de norma que exigía, para su eficacia plena, la edición de una ley complementaria y el Congreso Nacional no la editó hasta el año de 2003, cuando la norma constitucional quedó suprimida por enmienda constitucional.

Hechos como estos prueban, de manera muy gráfica, que las *conveniencias políticas* son, a un tiempo, la *razón básica de las omisiones* de los órganos del Poder y causa de los obstáculos para que la voluntad constitucional pueda ser plenamente realizada<sup>1030</sup>. Subyace en este terreno la permanente disputa acerca de lo que pertenece al campo de la política institucional y de aquello que, aún pudiendo tener naturaleza política, exige cierto condicionamiento, aprisionamiento o control por el derecho.

Paulo Bonavides, al sostener la necesidad de reconocer en las constituciones rígidas el carácter vinculante de las normas programáticas, señala que el problema del constitucionalismo contemporáneo se concentra principalmente en determinar el *carácter jurídico* o no de esas normas y sobre todo el grado de eficacia y aplicabilidad de todas las normas constitucionales. Sin ese reconocimiento, dice, jamás será posible proclamar la naturaleza jurídica de la Constitución, ocurriendo en consecuencia la quiebra de su unidad normativa<sup>1031</sup>.

Hace mucho que Ruy Barbosa apuntaba: “No hay, en una Constitución, cláusulas a las que se deba atribuir meramente el valor moral de consejos, avisos o lecciones. Todas tienen la fuerza imperativa de reglas, dictadas por la soberanía nacional o

---

<sup>1028</sup> *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, p. 74.

<sup>1029</sup> Ob. cit. p. 221.

<sup>1030</sup> Es decir, las agresiones a la Constitución, sea por acción o omisión, devienen, por la propia naturaleza política de las normas constitucionales, de la mano de los poderes políticos. En el Brasil, la llamada crisis del Supremo Tribunal Federal es vista, entre otras razones derivadas del sistema híbrido de control de constitucionalidad –difuso y concentrado–, como el resultado de ataques sistemáticos al texto de la Constitución producidos por los poderes Legislativos y Ejecutivos estatales y federales; las *medidas provisórias* han sido el instrumento de ataque preferido por el Ejecutivo Federal: de 1988 a 2001, sumadas las reeditadas, fueron 2.463 (Cfr. VIEIRA, Oscar Vilhena, *in Supremo Tribunal Federal: jurisprudencia política*, Malheiros, São Paulo, 2002, p. 219).

<sup>1031</sup> *Curso de direito constitucional*, Malheiros, São Paulo, 2006, p.236.

popular a sus órganos. Muchas, sin embargo, no revisten los medios de acción esenciales para el ejercicio de los derechos que otorgan, o los encargos que imponen: establecen competencias, atribuciones, poderes, cuyo uso tiene de esperar a que la legislatura, según su criterio, los habilite para ejercer”<sup>1032</sup>.

Es así que la acción de inconstitucionalidad por omisión va a caracterizar una tentativa del constituyente en los Estados Democráticos de Derecho de *encauzar, por medio del proceso de control de constitucionalidad*, parte de la libertad propia de los poderes políticos para modificar el orden infra constitucional, tarea extremadamente difícil y arriesgada, que exige clara demarcación de los límites de actuación legítima del Tribunal Constitucional para colmar el *déficit* democrático del Poder Legislativo.

Al fin y al cabo, en este escenario se juega la permanente tensión entre la norma constitucional y la realidad política en la que subyace el tema, central para el derecho constitucional, de los límites del poder y las posibilidades del derecho y, en particular, los límites y posibilidades del control de constitucionalidad.

## 1) Objeto

El objetivo de la acción es *implementar* la norma faltante en el ordenamiento jurídico, traduciendo función de *integración*. Contrariamente de lo que sucede en la acción directa de inconstitucionalidad, cuya finalidad es la expulsión de la norma impugnada del ordenamiento, el fin de la acción de inconstitucionalidad por omisión es la obtención de una sentencia conteniendo un comando dirigido al poder u órgano competente para que actúe en obediencia a normas constitucionales en el intento de *colmar la laguna jurídica*<sup>1033</sup>.

El *objeto mediato* de la acción es el acto normativo necesario o supuesto para hacer efectiva la norma constitucional, es decir, el acto que posea los mismos atributos de la generalidad y abstracción, para la integración del ordenamiento jurídico, *no el acto administrativo concreto*, como, por ejemplo, la búsqueda de providencia dirigida a la construcción del edificio en el que debe funcionar la escuela del Barrio, no viabilizando el derecho público subjetivo de acceso a la enseñanza obligatoria (CF. Art. 208, par. 1º)<sup>1034</sup>, tampoco el necesario para la satisfacción de un derecho subjetivo, dado que se trata de control abstracto y concentrado de constitucionalidad.

---

<sup>1032</sup> *Comentarios a constituição federal brasileira, II, compendio organizado por Omero Pires*, 1933, p. 489.

<sup>1033</sup> En primer lugar, hay que saber el tipo de providencia que el autor puede postular. De acuerdo con el art. 103, par. 2º, son de dos tipos: si el sujeto pasivo de la acción es uno de los Poderes del Estado, el pedido es limitado a que le sea dada ciência de la ocurrencia de la omisión inconstitucional para que adopte las providencias necesarias; pero, si la omisión es imputable a órgano administrativo, la decisión tendrá carácter de orden permitiéndole adoptar las providencias necesarias en el plazo de treinta días, so pena de responsabilidad (Cfr. Luis Roberto BARROSO, in *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 229).

<sup>1034</sup> STF: “La acción directa de inconstitucionalidad por omisión, de que trata el párrafo 2º del artículo 103 de la nueva CF, no debe ser propuesta para que sea practicado determinado acto administrativo en caso concreto, pero sí busca que sea expedido acto normativo que se torne necesario para el cumplimiento de precepto constitucional que, sin él, no podría ser aplicado” (ADIn 19/AL, Rel. Min. Aldir PASSARINHO, DJU de 14-8-1989, p. 5456).

En ello consiste la distinción<sup>1035</sup> respecto al instituto del *mandado de injunção* previsto en el artículo 5º, LXXI, de la CF: “Se concederá *mandado de injunção* siempre que ante la falta de norma reglamentaria sea inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y a la ciudadanía”, pues, mientras este instrumento procesal sea dirigido a asegurar derechos constitucionales, a instancia de interesados en la tutela de *derecho subjetivo* cuando falte la norma necesaria a su fruición, la acción de inconstitucionalidad por omisión, de otra parte, tiene el objetivo de obligar al poder público a otorgar la ***norma abstracta y general necesaria y reclamada por la Constitución***, no destinándose, por tanto, a la solución de controversia entre partes ni a asegurar derechos subjetivos, pero sí buscando integrar el ordenamiento jurídico<sup>1036</sup>.

La norma faltante podrá ser, por tanto, ley en sentido formal proveniente del Parlamento, o ley en sentido material proveniente del Poder Ejecutivo<sup>1037</sup>; pero el carácter normativo de la medida necesaria para la eficacia de la norma constitucional ha sido reclamado por la mayoría de la doctrina.

Serán, así, objeto de la acción la ***inercia ilegítima*** en editar cualquiera de los actos normativos primarios sometidos a la impugnación por la acción directa de inconstitucionalidad, pero, además de ello, cabrá la fiscalización de la omisión inconstitucional en caso de no adoptarse actos normativos secundarios, como reglamentos o instrucciones, de competencia del Ejecutivo, e incluso, eventualmente, de actos propios de órganos judiciales<sup>1038</sup>.

Sin embargo, previamente a la tarea de determinar la norma faltante, el problema que desafía el ingenio de los juristas está en la tarea de saber en qué situaciones se caracteriza un caso de acción de inconstitucionalidad por omisión.

---

<sup>1035</sup> La gran mayoría de los autores brasileños acepta la distinta naturaleza del *mandado de injunção* y de la acción de inconstitucionalidad por omisión, v. g. A. M. AMARAL DOS SANTOS, para quién “la decisión proferida en la acción de *injunção* es de naturaleza constitutiva, mientras en la acción de inconstitucionalidad por omisión es declaratoria” (*O mandado de injunção*, ed. RT., São Paulo, 1989, p. 35); Marcelo FIGUEIREDO entiende que el *mandado de injunção* es una acción coactiva, debiendo el juez, en el caso concreto, realizar la voluntad de la Constitución (*O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*, Ed. RT., São Paulo, 1991, p. 58); J. M. Othon SIDOU, para quién “el *mandado de injunção* transforma el derecho abstracto en derecho concreto, o sustituye la abstracción por la realización” (*Habeas data, mandado de injunção, habeas corpus, mandado de segurança e ação popular*, Forense, Rio, 1989, p. 455), *apud* VIEIRA, Oscar Vilhena, *Supremo tribunal federal: jurisprudência política*, Malheiros, São Paulo, 2002, p. 131.

<sup>1036</sup> J. J. Gomes CANOTILHO, en un análisis sobre el *mandado de injunção* ha sido preciso: “(...) El *mandado de injunção* no tiene por objeto una pretensión o una emanación, a cargo del juez, de una regulación legal complementar con eficacia *erga omnes*. El *mandado de injunção* apenas viabiliza, en un caso concreto, el ejercicio de un derecho o libertad constitucional perturbada por la falta parcial de ley reglamentar. Si la sentencia judicial pretendiese ser una normativa con valor de ley ella sería nula (inexistente) por usurpación de poderes”. (in, Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, *As garantias do cidadão na justiça*, Saraiva, São Paulo, 1993, pp-366-367).

<sup>1037</sup> La omisión proveniente del legislativo ocurre cuando de la existencia de normas constitucionales no exequibles por sí, el legislador recibe competencia para integrarlas y no elabora las leyes necesarias a su efectiva aplicación; la omisión administrativa cuando el poder ejecutivo recibe de la Constitución competencia para expedir reglamentos buscando la ejecución de las leyes integrativas y no los expide, lo que es denominado de omisión indirectamente inconstitucional, pues la no expedición del reglamento impide la ejecución de esas leyes y, a consecuencia de ello, impide la aplicación y realización del texto constitucional. Ya la misión proveniente del judicial se caracteriza por la denegación de justicia (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 220).

<sup>1038</sup> Cfr. BARROSO, Luis Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, pp. 229-230.

### 1.1) Omisión inconstitucional relevante: ¿preceptos constitucionales concretamente impositivos?

La gran cuestión que gravita en torno al tema llamado silencio legislativo, íntimamente en conexión con el objeto de la acción que nos ocupa, es el propio concepto de *omisión inconstitucional*.

Hablando sobre el concepto de omisión legislativa, J. J. Gomes Canotilho señala: “no es un concepto *naturalístico*, que pueda reconducirse a un simple ‘no hacer’, a un simple ‘concepto de negación’. Omisión, en sentido jurídico-constitucional, significa no hacer aquello a lo que se estaba constitucionalmente obligado. La omisión legislativa, para ganar significado autónomo y relevante, debe conectarse con una *exigencia constitucional de acción*, no bastando el simple *deber general de legislar* para dar fundamento a una omisión inconstitucional”<sup>1039</sup>.

Jorge Miranda, al hablar en atención de la Constitución portuguesa, apunta los presupuestos o requisitos de la acción: a) que el no cumplimiento de la Constitución derive de la violación de cierta y determinada norma; b) que se trate de norma constitucional no exequible por sí misma; c) que, en las circunstancias concretas de la práctica legislativa falten las medidas legislativas necesarias para hacer exequible aquella norma<sup>1040</sup>.

Sólo en presencia de un deber específico de legislar habría una exigencia constitucional de acción<sup>1041</sup>. Más aún: de acuerdo con Canotilho, “las omisiones legislativas inconstitucionales derivan del no cumplimiento de imposiciones constitucionales legislativas en sentido estricto, es decir, del no cumplimiento de normas que, de forma permanente y concreta, vinculan al legislador a la adopción de medidas legislativas *concretizadoras* de la constitución”<sup>1042</sup>.

Este autor portugués procede la separación de omisiones legislativas resultantes de *preceptos constitucionales concretamente impositivos*, del no cumplimiento de la constitución derivado de la no actuación de *normas-fin o normas-tarea, abstractamente impositivas*<sup>1043</sup>. Luego, como las llamadas normas programáticas, por configurar el deber de acción legislativa sin establecer aquello que el legislador debe hacer,

---

<sup>1039</sup> *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 917.

<sup>1040</sup> *Manual de direito constitucional*, Editora Coimbra, Coimbra, 1991, p. 518.

<sup>1041</sup> Esta es también la doctrina del Tribunal Constitucional español: ha de recordarse la doctrina de este Tribunal que ha declarado que la misma sólo se produce cuando la propia Constitución «impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace» (SSTC 24/1982, fundamento jurídico 3º, y 74/1987, fundamento jurídico 4º)” (STC 87/89: fuente: [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)).

<sup>1042</sup> *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 917. En la doctrina brasileña adoptan la doctrina de CANOTILHO y Jorge MIRANDA, v. g. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 224; VELOSO, Zeno, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, p. 252; sin embargo, la primera hace importantes especificaciones críticas a aquella doctrina estricta.

<sup>1043</sup> Es cierto que el autor incluye los casos en los que la Constitución consagra normas sin suficiente densidad para convertirse en normas exequibles por sí mismas, reenviando implícitamente al legislador la tarea de darle ejecución práctica, y también, claro, cuando el legislador no cumple las órdenes de legislar constitucionalmente consagradas en ciertos preceptos constitucionales; habla, incluso, en conformidad con la doctrina más reciente, de la posibilidad de omisión legislativa por incumplimiento de la obligación del legislador de mejorar o corregir las normas de *prognose* (*pronóstico*, *previsión*) incorrectas o desfasadas ante circunstancias sobrevenientes (*Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 917).

como normas-fin, normas tarea, no caracterizan – o no pueden caracterizar-, por esta imprecisión, una omisión inconstitucional<sup>1044</sup>.

Esta noción de *normas no impositivas* en las normas programáticas, compartida en nuestro derecho por buena parte de la doctrina,<sup>1045</sup> tiene un innegable efecto práctico de arrojar tales principios fuera del ámbito de los parámetros de la acción de control judicial, con lo que suelen soslayar los obstáculos naturales que su aceptación impondrían al Tribunal. Pero, el hecho de que la solución sea simplificadora no implica que sea correcta, adecuada o mejor.

Dos consecuencias resultan de esta doctrina: la primera es que, si la simple inercia del legislador, el mero no hacer, no implica omisión inconstitucional relevante, habría un ámbito de inacción reservado al Poder Legislativo, un espacio de libertad, de no implementación del ordenamiento jurídico asegurado al legislador por la propia Constitución –una contradicción del constituyente, que hubiera establecido ciertos fines al Estado, de cuya implementación encargara al legislador ordinario que, no obstante, sería libre para hacerlo o no hacerlo-; y la segunda, es que, si la omisión sólo se caracterizará frente a una norma constitucional individualizada, no habría omisión inconstitucional del legislador a partir de una visión global de la constitución<sup>1046</sup>.

No podemos admitir tales contradicciones. Si fuera correcta la premisa de que la omisión inconstitucional debe resultar de un comando normativo cierto, habría que observar que esta relación no es congruente con la tipología y estructura normativa de muchas normas constitucionales, que suelen exhibir disposiciones o enunciados vagos o indeterminados, pero determinables<sup>1047</sup>, los cuales exigen una interpretación sistemática, finalista y, muchas veces, iluminada por valores que no están explícitos en reglas o principios escritos para que se llenen de sentido<sup>1048</sup>.

En efecto, en el control de constitucionalidad de la ley, el Tribunal frecuentemente procede a una interpretación no literal<sup>1049</sup> de los dispositivos de la

---

<sup>1044</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 223.

<sup>1045</sup> Clèmerson Merlin CLÈVE, entiende que, como la omisión ha de ser jurídicamente relevante, no hay como censurar comportamientos omissivos de “provisión exterior al universo del derecho, razón por la cual las normas constitucionales que impliquen actuación material del Estado, como la organización de determinados servicios, la reserva de ingresos o la construcción de obras, no hacen parte del parámetro de fiscalización de la constitucionalidad abstracta de las omisiones (*A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, RT, São Paulo, 2000, p.344).

<sup>1046</sup> En el Brasil siguen la doctrina de Jorge Miranda: Regina Maria Macedo FERRARI (ob. cit. p. 224) y Zeno VELOSO (ob. cit. p. 252).

<sup>1047</sup> Nuestra Carta Magna contiene un sinnúmero de expresiones que traducen conceptos vagos o indeterminados, pero que están ya determinados por la doctrina y jurisprudencia: seguridad pública, orden pública, interés público, justicia social, dignidad de la persona humana, pluralismo político etc, poseen un núcleo de significado común. Lo que se percibe en la *praxis* del STF y de los demás tribunales es que la tarea de rellenar tales conceptos es realizada en concreto por el juez, y casi nunca por el legislador.

<sup>1048</sup> Dice Luis Roberto BARROSO con mucha propiedad: “En rigor, el carácter vago y amplio de la norma constitucional torna más frecuente el uso de construcciones constitucionales que el empleo de analogía (*in Interpretação e aplicação da Constituição*, p.140).

<sup>1049</sup> Es, por ejemplo, lo que muestra con claridad Raúl CANOSA USERA al hablar de la necesaria comprensión sistemática de la Carta Fundamental y del principio constitucional de unidad de la misma. Señala que el Tribunal Constitucional español fundamenta sus decisiones en multitud de preceptos de la Carta, traídos a colación con el descubrimiento de su intrínseca conexión, en la que se materializa la concordancia práctica. Pone en destaque, incluso, que la sistematicidad en el ámbito constitucional alcanza su mayor relieve en la necesaria ponderación de bienes igualmente protegidos (*Interpretación constitucional y formula política*, CEC, Madrid, 1988, pp.214-215).

Constitución extrayendo la norma a partir del análisis de los principios fundamentales<sup>1050</sup>, del régimen político y de valores vigentes en la realidad social; al distinguir el texto o enunciado normativo de las normas, resultado de la interpretación, procede a una acción correctiva de la legislación, conformando la norma a la Constitución, a veces “reescribiendo” el enunciado, añadiendo en él un nuevo significado o reduciendo su ámbito de actuación<sup>1051</sup>. En otras palabras, dada la naturaleza principiologica, genérica y elástica de las disposiciones constitucionales, la determinación de un comando normativo cierto que imponga obligación de producir otras normas solo es posible tras actividad interpretativa por parte del Tribunal.

Esa peculiar interpretación<sup>1052</sup> –en el Brasil llamada *interpretación conforme* y en España sentencias interpretativas<sup>1053</sup>– que, en realidad, rebasa la noción de legislador negativo al investir al Tribunal en una actividad de legislador positivo –aunque no sin críticas de cierto sector de la doctrina<sup>1054</sup>– produce, a veces, verdadera erosión en el producto del legislador y, no obstante, es una práctica aceptada por la doctrina como una *técnica del control de constitucionalidad de las leyes*, que se impuso frente a la naturaleza política y, por ende, al propio lenguaje de las normas constitucionales.

Junto a esta técnica hay una variada gama de métodos y principios de interpretación constitucional, vg., el método tópico-problemático, el método hermenéutico-concretizador, el método científico-espiritual, el principio de la unidad de la Constitución, el principio del efecto integrador, el principio de la máxima efectividad, el principio de la concordancia práctica<sup>1055</sup>, etcétera, permitiendo al Tribunal Constitucional una intervención muy calificada en la esfera de libertad legislativa del poder político; son herramientas de interpretación constitucional que, al depender de la propensión de la Corte por una postura interpretativa mas literal o más extensiva, *pueden reducir y hasta eliminar*

---

<sup>1050</sup> Los principios fundamentales del Art. 3º, CF., los objetivos fundamentales de la República Federal del Brasil: I-construir una sociedad libre, justa y solidaria; II-garantizar el desarrollo nacional; III-erradicar la pobreza y a la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales; y, por fin, IV-promover el bien de todos, sin preconceitos de origen, raza, sexo, color, edad y cualesquiera otras formas de discriminación”, son considerados vectores de interpretación constitucional de todos los órganos públicos (Cfr. BARROSO, Luis Roberto, *in Interpretação e aplicação da Constituição*, pp. 138-139).

<sup>1051</sup> Además, como ha enseñado Francisco Xavier DÍAZ REVORIO, “la relación entre disposición y norma no siempre es biunívoca, es decir, no siempre a cada disposición le corresponde una y sólo una norma, ni cada norma es consecuencia de una sola disposición. Así, pueden existir disposiciones complejas, de las que derivan varias normas conjuntamente; disposiciones ambiguas, de las que puede derivar varias normas de forma alternativa (una u otra); disposiciones sinónimas, en cuyo caso de varias disposiciones deriva la misma norma; o parcialmente sinónimas, cuando de cada una de las disposiciones derivan conjuntamente varias normas, alguna de las cuales coinciden. También puede haber normas que deriven de una pluralidad de disposiciones consideradas conjuntamente, o incluso normas implícitas, que al menos aparentemente no derivan de ninguna disposición concreta” (*Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*, p. 37).

<sup>1052</sup> Que consiste, en suma, en adecuar, armonizar la ley con la Constitución (previamente interpretada), eligiendo, frente a dos posibilidades interpretativas, el significado que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución, al efecto de conservar su validez.

<sup>1053</sup> Italia ha sido el país en el que se ha producido, tanto en doctrina como en jurisprudencia, una variedad muy amplia de estas sentencias. La Corte Constitucional las presenta en diversos aspectos: sentencias interpretativas en sentido estricto (de rechazo o de aceptación) y decisiones manipuladoras, en la que se distingue las sentencias aditivas y las sentencias sustitutivas (Cfr. GUASTINI, Ricardo, *La constitucionalización del ordenamiento jurídico*, in *Neoconstitucionalismo*, Miguel CARBONELL, (org), Editorial Trotta, Madrid, 2003, pp. 63-66).

<sup>1054</sup> El propio STF intenta mantener el dogma del legislador negativo, v.g. en la ADInMCQO 1.063-DF., Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 27.04.2001.

<sup>1055</sup> Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, pp. 1.084-1088 y 1.096-1.100.



**la discrecionalidad del legislador**, en el ámbito de control positivo de la legitimidad constitucional de las leyes.

Ricardo Guastini ha dicho con precisión: “quien juzga la legitimidad constitucional de las leyes puede adoptar una postura de *self-restraint* frente a las *political questions*, respetando la discrecionalidad política del legislador, o, al contrario, meter en la discusión las decisiones legislativas aun cuando no sean claramente inconstitucionales. Entre los instrumentos argumentativos empleados más frecuentemente por los jueces constitucionales para controlar la discrecionalidad política de los parlamentos vale la pena mencionar especialmente: por un lado, el principio de la igualdad, sobre todo reconstruido como principio de “razonabilidad” de las distinciones y clasificaciones legislativas; y, por el otro, la “ponderación” de principios constitucionales (cuando están en conflicto)”<sup>1056</sup>.

Ello muestra que la imprecisión del **parámetro constitucional**, por sí mismo, no restringe la postura del intérprete; más bien puede ampliarlo<sup>1057</sup>. A este propósito, bastaría con recordar el propio surgimiento del control de constitucionalidad en que *Marshal*, y no la Constitución Norteamericana, creó el instituto en una construcción interpretativa muy convincente, pero al margen de cualquier texto constitucional que lo autorizase.

Pero el dato decisivo de nuestra discordancia radica en otro aspecto: es que la **acción de inconstitucionalidad por omisión**, exige, más que una actividad de interpretación –hoy suficiente, como hemos visto, para cambiar el sentido de la ley –, una actividad de **integración del ordenamiento jurídico-constitucional** en el que el Tribunal no restringe su potestad en los límites intramuros del análisis conceptual de los textos y de las referencias internormativas, yendo más allá de ello para rellenar espacios en blanco dejados por el legislador o administrador ordinario, en cuya actuación está autorizado, por consecuencia lógica de su función de guardia y máximo intérprete de la Constitución, a perquirir en todo el espacio constitucional los valores y fines que han inspirado y determinado el comportamiento deseado por la Constitución e incumplido por los poderes públicos.

Los referidos espacios en blanco caracterizan **lagunas juris**<sup>1058</sup>, esto es, una insuficiencia del propio orden jurídico en relación a los valores y fines constitucionales. Y, frente a cuestiones de este tipo, nos parece que el Tribunal Constitucional, al contrario de lo que hace en la actividad interpretativa en la que parte del examen texto a texto<sup>1059</sup>, está

---

<sup>1056</sup> Ob. cit. pp. 57-58.

<sup>1057</sup> Hablando sobre el derecho italiano, Ricardo GUASTINI demuestra innumerables casos en que normas no expresas han sido extraídas del texto constitucional por la Corte Constitucional, por ejemplo, en el artículo 2, de la Constitución, el cual “reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre”, es interpretado comúnmente en el sentido de que los derechos garantizados por la Constitución no son solamente aquellos que están expresamente enumerados en los artículos siguientes de la misma Constitución, sino también otros derechos subjetivos no precisados, que pueden ser generados por la evolución social y reconocidos por la jurisprudencia (SS 215/1987 y 561/1987). Por otra parte, el vocablo “inviolable” ha sido entendido –sobre todo por la doctrina– en el sentido de que las normas que confieren derechos fundamentales no pueden ser sometidas a revisión constitucional: tales normas son principios esenciales del ordenamiento constitucional que no pueden ser modificadas en modo alguno, a pesar de que el texto constitucional no contenga prohibición expresa en tal sentido (ob. cit. p. 61).

<sup>1058</sup> La teoría tradicional distingue entre *laguna legis* y *laguna juris*, distinción que corresponde a la que se establece entre *laguna normativa* y *laguna ordenamental*, la primera caracterizando un vacío de la ley, la segunda correspondiendo a la insuficiencia del propio orden jurídico (Cfr. COELHO, Luis Fernando, *Teoría crítica do direito*, 3ª ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p. 482).

<sup>1059</sup> En la que debe quedar atado a una cierta objetivación normativa u objetivación del derecho, es decir, aquél proceso de “conversión constante de experiencias valorativas en fórmulas normativas, esto es, juicios de valor que se expresan como proposiciones de carácter teleológico, representando éstas siempre el

investido por la Constitución del deber de colmarla; y para tanto deberá servirse de los medios de integración, entre ellos la analogía, las costumbres y los principios generales de derecho.

En esa actuación integradora *realiza típica función legislativa*, acrecentando nueva norma al ordenamiento jurídico, aunque esta pudiera estar –y frecuentemente se piensa que está– implícita en el texto constitucional. Esta capacidad creadora del Tribunal, ya evidente en su actividad de interpretación<sup>1060</sup>, es aquí muy más evidente y trascendente.

André Ramos Tavares lo dice con rotundidad: “La atribución de la función de ejercer el control de las omisiones inconstitucionales del Parlamento y solucionarlas implica la realización de una función típicamente legislativa (conjuntamente con el control). Se trata de superar una laguna legislativa inconstitucional, consecuente de la negativa (objetivamente hablando) parlamentar de actuar. La verificación de esa laguna es condición para que actúe el Tribunal como órgano dotado de la capacidad legislativa sobreviniente, provisoria y específica”<sup>1061</sup>.

Si en caso de conflictos interindividuales el juez, al proceder la integración con el uso de los instrumentos previstos en el ordenamiento, sólo procede *in casu*, como acto singular, por el que suele decirse que es el legislador, nunca el interprete quien elimina la laguna<sup>1062</sup>, en caso de omisión inconstitucional el Tribunal Constitucional sí elimina la laguna al ofrecer la norma general faltante en el ordenamiento jurídico. Y ello por la naturaleza misma de este tipo de control abstracto de constitucionalidad, es decir, de las características de la generalidad y abstracción que tendrá la norma construida<sup>1063</sup>.

---

momento culminante en el cual una de las valoraciones posibles de los hechos sociales se eleva al plano objetivo de aquel fin que es expreso y sancionado por la norma jurídica” (REALE, Miguel, *O direito como experiencia*, Saraiva, São Paulo, 1968, p. 254).

<sup>1060</sup> Miguel REALE considera el acto interpretativo como momento del proceso de racionalización y objetivación, según una visión histórico-axiológica de la experiencia jurídica, atribuyéndole, como consecuencia, el carácter siempre integrante de la interpretación. Dice: “Si la ley es oscura, incierta, poco adecuada a las condiciones socio-económicas, incongruente en la totalidad del sistema, es aquí que se pone, de manera viva, la dignidad de la jurisprudencia, en virtud del trabajo del intérprete que capta la *ratio legis*, yendo más allá de los simples nexos lógico-formales, encontrando, en suma, las razones reales a que el legislador tuvo en vista atender y a las que deben ser atendidas en el devenir del proceso histórico. Se ve, pues, que entre acto normativo y acto interpretativo no hay solución de continuidad, en el sentido de la progresiva objetivación de las posibilidades axiológicas, en un crecimiento de integración racional (*O direito como experiencia*, Saraiva, São Paulo, 1.968, p. 254-255).

<sup>1061</sup> *Teoría da justiça constitucional*, p. 331. GUASTINI, en cita del autor a la misma página de la obra, sostiene: “Una laguna, de su turno, no puede ser colmada si no es capaz de integrar el ordenamiento, o sea, añadir a éste una norma nueva (implícita), que conecta determinada consecuencia jurídica a un hecho no previsto. Pero ello no es propiamente interpretación del derecho existente (sino en un sentido muy amplio de interpretación): es antes creación jurisprudencial de derecho nuevo”. Maria Helena DINIZ piensa lo contrario; para ella, la integración de la laguna no se sitúa en el plano legislativo; “el juez no crea normas jurídicas generales, sino individuales” (*Norma constitucional e seus efeitos*, p. 40). Nótese, sin embargo, que la autora admite que esa norma individual llega a ser norma general en caso de que venga a ser absorbida por la ley o *súmula* del Tribunal, que considera como norma general. Entonces, queda claro que la integración procedida por el Tribunal Constitucional en control abstracto tiene siempre la naturaleza de creación de derecho nuevo.

<sup>1062</sup> Vg. Tercio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, ob.cit. p. 305. Maria Helena DINIZ, en crítica a la tesis de la plenitud del sistema jurídico, sostiene que la decisión judicial rellena, pero no elimina la laguna, no pudiendo, por tanto, instaurar la plenitud, en el sentido de que toda acción tenga un *status* deóntico (in *As lacunas no direito*, Saraiva, São Paulo, 1997, p. 296).

<sup>1063</sup> Si, de acuerdo con la doctrina Kelseniana, la sentencia judicial se constituye en una norma individual, derivada de una norma general, para solución de un caso concreto, la sentencia de un Tribunal Constitucional en una acción de inconstitucionalidad por omisión, al proveer el ordenamiento jurídico de una norma general

Si se acepta la idea de *integración* al ordenamiento jurídico<sup>1064</sup>, el Supremo Tribunal Federal, como guardia y máximo intérprete de la Constitución, en el ejercicio de su competencia funcional, no se debe autolimitar a la búsqueda de normas individuales explícitas en la Carta constitucional como el único parámetro constitucional posible; deberá enjuiciarlas y extraerlas del texto y del contexto normativo vigente<sup>1065</sup>.

No podrá olvidarse, tampoco, el tiempo transcurrido desde la imposición constitucional a fin de caracterizar la demora del legislador o del Ejecutivo<sup>1066</sup>, que podrá variar en cada caso. Al respecto, el STF ya decidió: “La demora –que es presupuesto de la declaración de inconstitucionalidad de la omisión legislativa– debe ser reconocida, en cada caso, cuando, dado el tiempo transcurrido de la promulgación de la norma constitucional invocada y el relevo de la materia, se deba considerar superado el plazo razonable para la edición del acto legislativo necesario a la efectividad de la Ley Fundamental: vencido el tiempo razonable, ni la inexistencia de plazo constitucional para el implemento del deber de legislar, ni la pendencia de proyectos de ley tendientes a cumplirlo pueden alejar la evidencia de la inconstitucionalidad de la persistente omisión de legislar”<sup>1067</sup>.

De esta manera, ante inercia del poder público al no implementar medidas necesarias requeridas por normas de principio institutivo o de contenido programático, no parece decisivo, al efecto de configurar la omisión inconstitucional, tener en cuenta la **estructura normativa del parámetro**; además de la naturaleza y estructura lógico-formal del precepto, habrá que tener en cuenta otros principios y reglas constitucionales que entran en juego en el caso concreto, a fin de identificar la norma constitucional concretamente infringida<sup>1068</sup>.

Una postura interpretativa tal, en la que el **tiempo** puede revelar la inconstitucionalidad por omisión donde no había inconstitucionalidad, es prueba cabal de que el texto constitucional no es el único elemento a considerarse en el proceso. Las

---

faltante, posee lógicamente un carácter general y abstracto, por imposición de la propia Constitución, la más general de las leyes generales.

<sup>1064</sup> Se quiere extremar aquí la interpretación constitucional, que presupone la posibilidad de indagación del contenido semántico de enunciados lingüísticos del texto constitucional, mediante la aplicación de los cánones hermenéuticos, con la consecuente deducción de que la materia de reglamentación es abarcada por el ámbito de la norma constitucional interpretada, de la actividad de *integración al ordenamiento jurídico* a la que el Tribunal está autorizado por la Constitución, en la que puede hacer uso de los medios tradicionales de integración, como, la analogía, las costumbres y los principios generales de derecho.

<sup>1065</sup> El propio método hermenéutico-concretizador postula una pre-comprensión del sentido, un relleno de sentido jurídicamente creador en el que el interprete tiene en cuenta los presupuestos objetivos, es decir, el contexto, actuando como operador de mediaciones entre el texto y la situación en que se aplica. En esta relación creadora el interprete transforma la interpretación en movimiento de ir y venir (circulo hermenéutico) y se orienta en un pensamiento problematizado, en el primado del texto constitucional ante el problema (Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, p. 1086).

<sup>1066</sup> El factor tiempo es un elemento necesario, muchas veces esencial, para la configuración de la demora del legislador; traduce, en la mayoría de las veces, un rechazo por parte de las clases dominantes a dar concreción en el ordenamiento a las conquistas ya obtenidas por las clases menos favorecidas, que dieron su asentimiento en el pacto social y creyeron en las promesas constitucionales. Un caso flagrante de traición del pueblo brasileño ha sido la promesa de que los intereses reales no podrían ser superiores al doce por ciento anual (Art. 192, par. 3º. CF), precepto cuya letra no comportaba duda en cuanto a su plena aplicabilidad y que el STF no tuvo el coraje de hacer cumplir, declarándolo no autoaplicable y carente de norma complementaria. Después de una década de inoperancia –tras la alegría del sistema financiero– el dispositivo fue sacado de la Constitución por una enmienda constitucional. Se ha remitido al mercado aquello que la Constitución de ello sustraía. Es decir: un caso emblemático de fraude al poder constituyente.

<sup>1067</sup> (MI 361-RJ, Rel. design. Min. Sepúlveda PERTENCE, DJU 17.06.1994, p. 15707).

<sup>1068</sup> Puede decirse que el parámetro constitucional, al efecto de identificar una omisión, debe ser construido por el Tribunal; no es algo donado, pronto y acabado; puede variar, incluso, con el tiempo.

normas –enseña Miguel Reale- valen en razón de la realidad de que participan, adquiriendo nuevos sentidos o significados, incluso cuando mantenidas inalteradas sus estructuras formales”<sup>1069</sup>.

Todo ello quiere decir que no es posible rechazar una omisión inconstitucional simplemente por una *clasificación débil del parámetro constitucional basado en su estructura lógico-formal*, lo que sólo tendría virtualidad si se tratara de apreciar una inconstitucionalidad por acción<sup>1070</sup>.

Del hecho de la diversidad estructural, de la vaguedad del lenguaje y del distinto modo de obligar que tienen las normas constitucionales no se sigue como conclusión necesaria que no poseen eficacia jurídica<sup>1071</sup> y, por tanto, que los fines que indican no puedan nunca ser realizables, incluso coercitivamente, en el mundo de los hechos.

## 1.2) Condiciones generales de aplicabilidad de las normas constitucionales: las normas de contenido programático

Saber qué normas constitucionales exigen actuación normativa ulterior y, por ende, en qué situaciones podría caracterizarse una omisión inconstitucional apta para justificar la utilización de la acción procesal examinada es una condición presupuesta. En otras palabras, se trata de saber *qué tipo de normas constitucionales* generan esa *exigencia constitucional de acción* para que la Constitución pueda ser eficazmente aplicada.

Desde luego, conviene recordar que, conforme hemos mencionado, en nuestro Derecho, al contrario de lo que se pasa en el Derecho lusitano, el objeto de la acción de inconstitucionalidad por omisión es más amplio, pudiendo alcanzar *leyes y otros actos normativos*, es decir, la acción puede dirigirse tanto al legislador como al administrador, con la especificidad ya apuntada de que sólo los actos normativos –es decir, los que se caracterizan por la generalidad y abstracción- pueden ser objeto de la acción procesal. Ello muestra que el constituyente brasileño no ha pensado la acción como un mecanismo restringido a colmar sólo a lagunas legales, sino como herramienta dirigida contra omisiones del Poder Público como un todo.

---

<sup>1069</sup> *Filosofia do direito*, Saraiva, São Paulo, 1982, p. 594. Lo que es más relevante no es el *ocasio legis*, la coyuntura en que es editada la norma, sino la *ratio legis*, el fundamento racional que la acompaña a lo largo de toda su vigencia. Este es el fundamento de la llamada interpretación evolutiva (BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da constituição*, p. 144).

<sup>1070</sup> En la inconstitucionalidad por acción, como se sabe, la norma afronta un parámetro constitucional que impone una conducta distinta de la adoptada; la contradicción que surge entre la norma impugnada y el texto es directa. Si el parámetro constitucional, por su debilidad, no impide la edición de la norma enjuiciada, entonces ésta es válida. Este raciocinio lógico-formal no vale para constatar la inconstitucionalidad por omisión frente a normas programáticas, pues el parámetro de estas normas es naturalmente diferente, y la contradicción no surge de una acción, sino de un comportamiento negativo.

<sup>1071</sup> La doctrina norteamericana, de acuerdo con la teoría clásica, distinguía las disposiciones constitucionales entre autoaplicables (*self executing provisions*) y no autoaplicables o no autoejecutables (*not self executing provisions*); Ruy BARBOSA las describió: “Ejecutables por sí mismas, o autoejecutables, son las determinaciones para ejecutar a las que no sea necesario constituir o designar una autoridad, ni crear o indicar un proceso especial, y aquéllas en las cuales el derecho instituido se halle armado por sí mismo, por su propia naturaleza, de sus medios de ejecución y preservación. Pero no todas las disposiciones constitucionales son autoaplicables. La mayoría de ellas, por el contrario, no lo son”, concluye el autor con una sentencia de un tribunal americano: “La Constitución no se ejecuta a sí misma: antes requiere la acción legislativa para hacer efectivos los preceptos” (*Apud*. Paulo BONAVIDES *in Curso de direito constitucional*, p. 241). La tendencia actual es otra, como se verá en adelante.

Entre los autores brasileños que han tratado del tema de la aplicabilidad de las normas constitucionales, el trabajo considerado clásico y pionero es el de José Afonso da Silva, que ha demostrado con maestría las características triple de las normas constitucionales: las **normas constitucionales de eficacia plena**, las **normas constitucionales de eficacia contenida** y las **normas constitucionales de eficacia limitada o reducida**<sup>1072</sup>.

En las normas del primer grupo incluye todas las que, desde la entrada en vigor de la Constitución, producen todos sus efectos esenciales (o tienen la posibilidad de producirlos), todos los objetivos visados por el legislador constituyente, porque éste ha creado, desde luego, una normatividad para ello suficiente, incidiendo directa e inmediatamente sobre la materia que les constituye el objeto. El segundo grupo también se constituye de normas que inciden inmediatamente y producen (o pueden producir) todos los efectos queridos, pero prevén medios o conceptos que permiten mantener su eficacia contenida en ciertos límites, dada ciertas circunstancias. Al contrario, las normas del tercer grupo son todas las que no producen, con la simple entrada en vigor, todos sus efectos esenciales, porque el legislador constituyente, por cualquier motivo, no estableció sobre la materia una normatividad suficiente para ello, dejando esa tarea al legislador ordinario o a otro órgano del Estado<sup>1073</sup>.

Seguiremos la estela del autor. Pero, a nuestros propósitos interesa considerar sólo las normas constitucionales del tercer grupo, ya que es en presencia de ellas y a partir de ellas que se puede cogitar de acción de control de inconstitucionalidad por omisión, visto que las del primer grupo, siendo inmediatamente aplicables, permiten otros tipos de providencias judiciales en caso de incumplimiento, y las del segundo grupo no exigen una normatividad ulterior para la obtención de eficacia.

Ahora bien, antes de empezar debemos señalar que nos limitaremos a la clasificación del referido autor sin olvidar otros tipos y planes de clasificación doctrinaria sobre las normas constitucionales igualmente importantes y útiles<sup>1074</sup>. La elección de esta

---

<sup>1072</sup> *Aplicabilidade das normas constitucionais*, Malheiros, São Paulo, 1998.

<sup>1073</sup> Ob. cit. pp. 82-83.

<sup>1074</sup> Otros autores brasileños presentan una clasificación de las normas constitucionales desde puntos de vista diferentes: Vg. Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, que habla de la posición jurídica en que los administrados se ven inmediatamente investidos en consecuencia de las reglas constitucionales. Para esa clasificación habría tres categorías: a) normas concesivas de poderes jurídicos; b) normas concesivas de derecho; y c) normas meramente indicadoras de una finalidad a ser alcanzada. (*in Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social, tese nº 8 apresentada a la IX Conferencia Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, Florianópolis-SC, el 26.5.82, Separata, pp. 14 y siguientes); Celso Ribeiro BASTOS y Carlos Ayres BRITO, distinguen la *aplicabilidad* de la *eficacia* clasificando las normas constitucionales en: a) normas constitucionales en cuanto al modo de incidencia; y b) normas constitucionales en cuanto a producción de efectos. Entre las primeras habría: por vía de aplicación, distinguiéndose entre normas reglamentarias y normas irreglamentables; b) por la vía de integración, distinguiéndose entre normas complementarias y normas restringibles. Las segundas son también de dos tipos: a) normas de eficacia parcial, que son normas complementarias; y, b) normas de eficacia plena, distinguiéndose entre normas reglamentarias y normas restringibles (*in Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*, Saraiva, São Paulo, 1982, p. 63). Para Pinto FERREIRA, la clasificación es la siguiente: a) normas constitucionales de eficacia absoluta, no enmendables, con fuerza paralizante total sobre las normas que estén en conflicto; b) normas constitucionales de eficacia plena, constitucionalmente enmendable; c) normas constitucionales de eficacia contenida; d) normas constitucionales de eficacia limitada (como las programáticas) (*in Eficácia (direito constitucional)*, *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 30, São Paulo, 1979). Maria Helena DINIZ ha propuesto la siguiente clasificación: a) normas con eficacia absoluta; b) normas con eficacia plena, c) normas con eficacia relativa restringible; d) normas con eficacia relativa complementarias o dependientes de complementación (*in Norma constitucional e seus efeitos*, 1ª y 2ª ed., Saraiva, São Paulo p. 97). Ya la clasificación de Luis Roberto BARROSO entre a) normas constitucionales

clasificación tiene justificativa en el hecho de que, primero, está muy bien aceptada en la doctrina nacional, y, segundo, porque posee amplitud suficiente como para describir los tipos de normas constitucionales del Estado brasileño<sup>1075</sup>.

Es fácil percibir que la clasificación tiene en cuenta el grado *de eficacia de la norma constitucional*: mientras las primeras serían enteramente auto-aplicables, las del segundo grupo estarían condicionadas o restringidas por ciertos factores constitucionales, y las del último grupo no tendrían capacidad para producir efectos plenos con su entrada en vigor.

El estudio de la norma constitucional desde esta perspectiva exige un brevísimo apunte preliminar sobre los conceptos y las diferencias entre *vigencia*, *validez* y *eficacia* de las normas en general, categorías que, pese tener conexión, presentan contornos distintos en la teoría general del derecho, cuyas nociones contribuyen a proyectar luz en el tema de la inconstitucionalidad por omisión<sup>1076</sup>. Además, si la eficacia admite gradación, el grado de eficacia de la norma constitucional<sup>1077</sup>, por condicionar su aplicabilidad o ejecución, es un tema cuyo conocimiento se impone preliminarmente.

### a) Vigencia

Empezando por la *vigencia* de la norma, Kelsen la distingue con precisión de la *eficacia*, aunque en determinados momentos usa la expresión *vigencia* con el sentido de validez<sup>1078</sup>, esto es, con el sentido de validez técnica formal, de legalidad<sup>1079</sup>; la *vigencia* de

---

de organización; b) normas constitucionales definidoras de derecho; y c) normas constitucionales programáticas (*in O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 94), que José Afonso da SILVA entiende estar en el plano de la estructura normativa de las normas constitucionales.

<sup>1075</sup> Tampoco se debe olvidar que la determinación de normas constitucionales de eficacia inmediata (auto-aplicable) y otras dependientes de ulterior medidas legislativas o reglamentares de integración es cuestión relativa, no solo al tipo de texto constitucional, sino que también depende de la propia cultura jurídica del interprete, conforme a la mayor o menor devoción que tenga por una rígida separación de poderes y a la noción de que el poder político es el único autorizado por la Constitución a innovar y desarrollar el ordenamiento jurídico. Ello es emblemático en el Brasil, donde el STF, a la vez que reconociendo en algún caso la demora del legislador en legislar, hasta ahora ha recusado a admitir que él, el Tribunal, esté autorizado por la Constitución a hacer algo más que simplemente dar conocimiento de la sentencia a aquél poder, lo que ha tornado casi en letra muerta la acción de inconstitucionalidad por omisión.

<sup>1076</sup> Algunos autores, como Max Ernst MAYER, Carlos COSSIO, Evaristo de MORAES FILHO, identifican los términos *vigencia* y *eficacia* considerándolos sinónimos. Pero, como ha dicho María Helena DINIZ, pese haber una relación inexorable entre ellos, una construcción lingüístico-jurídica más apurada científicamente requiere rigor conceptual, para establecer la nítida diferencia de esos conceptos básicos, para la elaboración de una teoría general de la eficacia constitucional (Ob. cit. p.23).

<sup>1077</sup> María Helena DINIZ sostiene al propósito: “hay un gradualismo en la eficacia de las normas constitucionales, por no ser idénticas cuanto a la producción de sus efectos y a la intangibilidad o enmendabilidad”. “Hay un escalonamiento en la intangibilidad y en los efectos de los preceptos constitucionales, pues la Constitución contiene normas con eficacia absoluta, plena y relativa. Todas tienen juridicidad, pero sería una utopía considerar que tienen la misma eficacia, pues su grado eficaz es variable. Luego, no hay norma constitucional destituida de eficacia. Todas las disposiciones constitucionales tienen la posibilidad de producir, a su manera, concretamente, los efectos jurídicos por ellas visados”. (*Norma constitucional e seus efeitos*, Saraiva, São Paulo, 1992, p. 105).

<sup>1078</sup> Tal como anota José Afonso da SILVA, en la doctrina de Kelsen *vigencia* es más que la simple existencia de la norma. Es existencia con validez. Y la palabra que mejor traduce esa idea es “validez”, algo que existe con valor, mientras la palabra *validad* se reserva para una relación de fundamento para el fundamentado, en el sentido de que la norma vale en cuanto se conforma con un fundamento de validez, sea una norma superior, sea un fundamento meta-jurídico. En la doctrina de Kelsen, pues, no hay norma vigente sin validez. No basta que ella exista para ser vigente (*in Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 52).

<sup>1079</sup> Cfr. REALE, Miguel, *in Filosofia do direito*, 9ª ed., Saraiva, São Paulo, p. 459.

la norma, para él, pertenece al orden del *deber-ser*: significa la existencia específica de la norma; *eficacia* es el hecho de que la norma sea efectivamente aplicada y seguida; la circunstancia de que una conducta humana conforme la norma se verifica en el orden de los hechos, perteneciendo al orden del *ser*.

Decir que una norma es vigente –sigue el Maestro de la Escuela de Viena– traduce algo diferente de lo que se dice cuando se afirma que ella es efectivamente aplicada y respetada, si bien entre *vigencia* y *eficacia* pueda existir una cierta conexión. Para Kelsen, una norma vale (es vigente) si ella es vinculativa, es decir, cuando los individuos deben conducirse de una determinada manera, conforme la conducta prescrita en la norma, de tal forma que la *vigencia* significa la existencia específica de la norma.

Así que la *vigencia* de la norma es identificada con la existencia en cuanto satisface los presupuestos técnicos exigidos por la norma del escalón superior del ordenamiento jurídico<sup>1080</sup>. En sentido amplio, *vigencia* de una norma significa que ella fue elaborada por órgano competente en obediencia a los procedimientos legales; en sentido estricto designaría la existencia específica de la norma en determinada época, caracterizando el precepto normativo que rige las relaciones sociales *aquí y ahora* (*hic et nunc*); sería un plazo con el que se demarcaría el tiempo de validez de la norma.

Se habla de *vigencia temporal* de la norma para aludir a la calidad de la norma referente al tiempo de su duración<sup>1081</sup>, pudiendo ser invocada para producir, concretamente, sus diferentes efectos (*eficacia*). Se habla de *vigencia espacial* para referirse al ámbito de incidencia de la norma en un determinado espacio.

El modo de existir –la *vigencia*– de las normas constitucionales viene previsto en el propio texto de las constituciones; generalmente la Constitución empieza a regir en el momento de su publicación<sup>1082</sup>, aunque en el Brasil las Cartas de 1967 y 1969 tuvieron un período de *vacatio constitutionis*. La Constitución de 1988 ha entrado en vigor en 05.10.1988, fecha de su promulgación y publicación, pero varios de sus dispositivos, especialmente de las Disposiciones Transitorias, establecen plazos de realización de situaciones a partir de su publicación, por lo que se entiende que todas sus disposiciones entraron en el mundo jurídico con pretensión de regir los hechos en ella previstos, y pasaron a constituir fundamento de validez o invalidez desde entonces.

Ahora bien, si la *vigencia* depende de la satisfacción de presupuestos técnicos exigidos por la norma del escalón superior del ordenamiento jurídico, ¿dónde va buscar la Constitución su fundamento de vigencia o validez?

---

<sup>1080</sup> KELSEN niega utilidad en el concepto de inexistencia de la norma pues, dice, sería *contradictio in terminis*, ya que si la norma es inexistente nunca ha existido, no es ni nunca fue norma; es como si dividiésemos los hombres en dos especies: los que existen y los que no existen, lo cual sería un sinsentido.

<sup>1081</sup> En el Derecho brasileño la vigencia de la norma depende de la satisfacción del ciclo: sanción o promulgación (que la hace existente) y la publicación (que la torna obligatoria); puede entrar en vigor inmediatamente después de la publicación o en fecha que ella misma indique. En caso de que la ley no lo indique, entrará en vigor 45 días después de la publicación (Art. 1º, cabeza, de la Ley de Introducción al Código Civil). Además, hay leyes temporales, cuyo fin está predeterminado por sí mismas (como las de incentivos fiscales, por Ej.) y las medidas provisorias que, en verdad, no pierden vigencia, sino sólo la eficacia en caso de no ser aprobadas en el plazo de sesenta días, prorrogable por igual plazo (Art. 62, par. 3º, CF).

<sup>1082</sup> En Brasil, la enmienda constitucional, tras su aprobación por el *quorum* de 3/5 de los miembros de cada una de las Casas del Congreso Nacional, en dos turnos de deliberación, es promulgada por las Mesas de la Cámara de los Diputados y del Senado Federal con el respectivo número de orden (Art. 60, par. 2º, CF). Es decir, salvo que ella diga lo contrario, entra en vigor inmediatamente; no hay sanción del Presidente de la República, sólo exigido para las leyes.

La pregunta hace referencia a la teoría del poder constituyente originario que no será aquí expuesta. Sin embargo, sea cual sea la concepción que se adopte, entre una de las tesis existentes para justificar el poder que hace la Constitución –la del *normativismo kelseniano* de la norma hipotética fundamental<sup>1083</sup>, la del *sociologismo de Lassalle* de los factores reales de poder, o la de *lo decisionismo de Carl Schmitt*– lo cierto es que nadie niega que la Constitución, por su carácter originario, es la fuente de las fuentes del derecho y no se prende a exigencias jurídicas preestablecidas por otro ordenamiento jurídico.

Así que, para nuestro objetivo basta subrayar que una Constitución ya es el sistema normativo de grado más elevado en la ordenación jurídica del país. Se sitúa en el vértice de las fuentes formales del Derecho; regula la producción de las demás normas del orden jurídico; informa y confiere validez a todo el ordenamiento normativo nacional, cuya validez, cohesión y conexión de sentido encuentran en ella su fundamento. Las demás normas jurídicas que de ella diverjan son ilegítimas, inválidas, inconstitucionales, y deben ser ineficaces jurídicamente, en principio<sup>1084</sup>.

## b) Validez

Mientras la *vigencia* en la doctrina patria es enfocada bajo el prisma de la existencia de la norma, **la validez de la norma depende de su compatibilidad formal y material con el orden constitucional**. Para Tercio Sampaio Ferraz Júnior, el escalonamiento de normas puede ser visto en una doble vía, conforme al *racionalismo material* o *formal*. La primera concepción subordina unas normas a las otras en razón de su *contenido*, pero de acuerdo con la óptica del racionalismo formal, la subordinación se da únicamente por la *jerarquía*<sup>1085</sup>.

Estas vías –*contenido* y *jerarquía*– serían, pues, dos técnicas de validación de la norma. El valer de una norma no depende de la existencia real y concreta de las conductas que prescribe: aunque incumplida, ella vale. Será válida la norma si la autoridad que la creó es técnicamente competente y actuó de conformidad con las normas de su competencia, hipótesis en que se tendrá una validez condicional. También será válida la norma si su elaborador actuó dentro de los fines (contenido) establecidos por el ordenamiento, caso en que habrá una validez finalística.

Maria Helena Diniz, siguiendo la línea del pensamiento del autor referido, resume que será válida la norma si la autoridad que la elaboró era técnicamente competente y actuó conforme las normas de su competencia y dentro de los fines establecidos por el ordenamiento<sup>1086</sup>. Por ello mismo es posible que una norma vigente, formalmente válida,

---

<sup>1083</sup> Como se sabe, Kelsen sostiene que la Constitución encuentra el fundamento de su validez en la norma fundamental, presupuesta y hipotética; Lassalle admite que el fundamento de validez de la constitución son los factores reales del poder, es decir, lo busca en los hechos, en las relaciones sociales, mientras *Carl Schmitt* dice que la constitución vale en virtud de la voluntad política existencial de aquél que la da, pues toda especie de normativa jurídica – también la normativa constitucional – presupone tal voluntad como existente (Cfr. SILVA, José Afonso da, in *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p.56).

<sup>1084</sup> SILVA, José Afonso da, in *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p.55.

<sup>1085</sup> *Segurança jurídica y normas gerais tributarias*, Revista de direito tributario, 17-18, p. 52.

<sup>1086</sup> *Norma constitucional e seus efeitos*, Saraiva, 2ª, São Paulo, 1992, p. 25. La autora, tomando el término validez en sentido amplio, procede a la distinción entre validez *constitucional*, *formal* y *fática*, de un lado, y *vigencia* y *eficacia* de otro, términos muchas veces aplicados de manera indistinta por la doctrina. Señala que la validez *constitucional*, íntimamente relacionada con la *eficacia constitucional*, indica que la disposición normativa es conforme a las prescripciones constitucionales; en este sentido, válida es la norma que respeta un comando superior, es decir, el precepto constitucional. La *validad formal*, o técnico-jurídica (vigencia en sentido amplio), significa que la norma ha sido elaborada por órgano competente en obediencia a los



no lo sea desde el punto de vista materialmente constitucional, es decir, en cuanto a la técnica del contenido.

### c) Eficacia

Señala la doctrina que la *eficacia* se refiere a las **condiciones fácticas y técnicas de la actuación** de la norma jurídica y a su suceso. Viene a ser la calidad del texto normativo vigente de producir, o irradiar, en el seno de la colectividad, efectos jurídicos concretos.

José Afonso da Silva describe los dos sentidos posibles de *eficacia*: 1) la *eficacia social*: designa una efectiva conducta acorde con la prevista por la norma: refiérese al hecho de que la norma es realmente obedecida y aplicada; en este sentido, la eficacia de la norma se refiere, como ha dicho Kelsen, “al hecho real de que ella es efectivamente aplicada y seguida, de la circunstancia de una conducta humana conforme a la norma que se verificará en el orden de los hechos”; es lo que técnicamente se llama efectividad de la norma. *Eficacia* es la capacidad de alcanzar objetivos previamente fijados como metas; 2) tratándose de normas jurídicas, la *eficacia* consiste en la capacidad de alcanzar los objetivos en ella traducidos, que viene a ser, en último término, realizar los dictámenes jurídicos objetivados por el legislador. Por ello se dice que la *eficacia jurídica* de la norma designa la calidad de producir, en mayor o menor grado, efectos jurídicos al regular, desde luego, las situaciones, relaciones y comportamientos que contempla<sup>1087</sup>.

Estos dos distintos sentidos de la palabra *eficacia* revelan que, mientras que con el término *eficacia social* se intenta saber el alcance de los objetivos o **efectividad de la norma**, relacionándose al producto final –en el plano del ser-, con la *eficacia jurídica* se quiere saber sobre su aplicabilidad, ejecutoriedad, posibilidad de su aplicación jurídica –en el plano del deber-ser-.

Esta distinción es muy clara en la doctrina de Maria Helena Diniz: “La eficacia de una norma, por su vez, indica, en sentido técnico, que ella tiene posibilidad de ser aplicada, de ejercer, o producir, sus propios efectos jurídicos, porque se cumplieron las condiciones para ello exigidas (eficacia jurídica), sin que haya cualquier relación de dependencia de su observancia, o no, por sus destinatarios”<sup>1088</sup>.

Si, desde el punto de vista sociológico, puede decirse que las normas constitucionales, así como otras, son eficaces y aplicables en la medida en que son efectivamente observadas y cumplidas, desde el punto de vista jurídico, sin embargo, la aplicabilidad depende de saber si las **normas** están **vigentes**, si son **legítimas** o de si tienen **eficacia**. La ocurrencia de estos datos constituye condición general para la aplicabilidad de las normas constitucionales<sup>1089</sup>.

Es importante para el tema de la inconstitucionalidad por omisión fijar el concepto de eficacia jurídica puesto que de ello depende la verificación de la aplicabilidad o ejecutoriedad de la norma constitucional y, en consecuencia, de la posibilidad de postular

---

procedimientos legales. Luego, la norma constitucional no puede ser válida formalmente, porque es la primera de una cadena normativa, es una norma origen, por no fundarse en ninguna otra. Por fin, en cuanto a la validez *fáctica* de una norma significa que ella es efectiva, es decir, cuando ocurre el comportamiento que ella configura (hipótesis de incidencia), y la consecuencia jurídica (la sanción), que ella prevé (ob. cit. passim).

<sup>1087</sup> *Aplicabilidade das normas constitucionais*, pp. 65-66.

<sup>1088</sup> Ob. cit. p. 28.

<sup>1089</sup> SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, pp. 51-52.

la acción de control de constitucionalidad con el objetivo de colmar eventuales lagunas en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien. De vuelta al concepto de normas de contenido programático, la doctrina es concorde al admitir su *eficacia jurídica directa y vinculante*, tanto en cuanto a las demás normas constitucionales aunque el grado de esa eficacia sea variable.

De manera esquemática, siguiendo a José Afonso da Silva, puede decirse que ellas: I- establecen un deber para el legislador ordinario; II- condicionan la legislación futura, con la consecuencia de ser inconstitucionales las leyes o actos que las lesionen; III- informan sobre la concepción del Estado y de la sociedad e inspiran su ordenación jurídica, mediante la atribución de fines sociales, protección de los valores de la justicia social y revelación de los componentes del bien común; IV- constituyen sentido teleológico para la interpretación, integración y aplicación de las normas jurídicas; V- condicionan la actividad discrecional de la Administración y del Poder Judicial; VI- crean situaciones jurídicas subjetivas, de ventaja o de desventaja<sup>1090</sup>.

Saber que son eficaces las normas de contenido programático en una *dimensión sólo negativa*, al imponer tan solo restricciones, orientaciones o prohibiciones al poder público, no es suficiente en la investigación del tema de la omisión inconstitucional; habrá que avanzar en el análisis con el fin de intentar saber en qué medida referidas normas puedan desplegar *efectos jurídicos positivos* para vincular y sancionar al poder público en caso de que se las incumplan.

### 1.3) La noción de imperativo constitucional

Si es cierto, como dice la doctrina mayoritaria, que una simple inercia del legislador o del poder público en no regular norma constitucional no lleva a una omisión relevante desde el punto de vista jurídico, habrá que suponer que algunas normas constitucionales manifiestan un *imperativo* de actuación y otras no lo hacen; sólo en el primer caso habría una hipótesis pasible de control de constitucionalidad por omisión.

El problema consistiría, por tanto, en saber cuándo y en cuáles normas se manifiesta el *imperativo constitucional* de actuación o, por otra parte, cuándo el constituyente ha transferido conscientemente<sup>1091</sup> al legislador o al administrador la obligación de proveer las medidas necesarias a la aplicabilidad de la Constitución.

Las normas constitucionales programáticas, llamadas por Canotilho *normas-fin* o *normas-tarea*, abstractamente impositivas, no contendrían un imperativo capaz de imponer obligación al legislador. De la premisa de que sólo frente una *exigencia constitucional concreta de actuación* puede derivar una omisión inconstitucional surge el entendimiento de que sólo será caso de integración del ordenamiento jurídico por medio de la acción de inconstitucionalidad por omisión frente a aquellas normas en las que el constituyente hubiera transferido *conscientemente* al legislador o al administrador la tarea de implementar medidas para la plena aplicabilidad de lo prescripto en la constitución.

---

<sup>1090</sup> Ob. cit. p. 164.

<sup>1091</sup> La idea de *voluntas legis*, es decir, la voluntad del legislador, hace mucho que se ve abandonada por la grande mayoría de los autores actuales. No sólo el criterio histórico ha perdido relevancia en el tema de la interpretación, sino que la propia demostración de la intención real del legislador, como ente colegiado, es de dudosa posibilidad de conocimiento. Por ello, se habla más de *voluntas legis*, por significar algo más objetivo, que se puede rastrear por medio de otros criterios interpretativos, entre ellos el literal, sistemático y teleológico.

Esta conclusión, sumada a la otra precondition que exigiría un comando cierto y determinado en norma específica –como si la Constitución fuera un código procesal-, puede conducir a la exclusión del ámbito de la acción de inconstitucionalidad por omisión a casi todas normas que imponen deberes de actuación al Estado para concretizar fines económicos y sociales, dada la circunstancia de que estos tipos de normas no suelen poseer en su estructura formal el comando cierto, un orden consciente y determinado –cerrado-reclamado como condición necesaria<sup>1092</sup>.

Este modo de concebir el imperativo constitucional parece demasiado riguroso y no se compatibiliza con la naturaleza y finalidad de aquel tipo de normas constitucionales<sup>1093</sup>. De todas ellas, las programáticas son, por excelencia, las normas más cargadas de tenor político y su virtualidad no debería ser procurada sólo en los cánones estrictamente jurídico-positivos<sup>1094</sup>.

Vezio Crisafulli ha dicho que las normas programáticas son “un programa político incorporado al ordenamiento jurídico y traducido en términos de normas constitucionales”, es decir, dotado de eficacia prevalente en relación a las normas legales ordinarias: sustraído, por tanto, de las oscilaciones y la variedad de criterios y orientaciones de partido y de gobierno y, así, obligadamente prefijados por la Constitución como fundamento y límite de éstos<sup>1095</sup>.

Habría que partir de esta concepción marcadamente política de esas normas al efecto de extraer su significado jurídico en conformidad con la decisión del constituyente que ha sido, lógicamente, fruto de una opción política de soberanía del pueblo<sup>1096</sup>, no sometida a cambios por las vías legislativas ordinarias<sup>1097</sup>. En ello consiste, precisamente, sustraerlas de las orientaciones de partido y de gobierno o, como ha dicho Luigi Ferrajoli,

---

<sup>1092</sup> Ello por la lógica razón de que comandos constitucionales específicos, claros, imponiendo obligación jurídica -que son fácilmente tutelados por otros remedios constitucionales, incluso por medio del control positivo de constitucionalidad de las normas, por vía de acción directa de inconstitucionalidad, incumplimiento de precepto constitucional y hasta reclamación- no son propios de las normas de principio institutivo y de las normas programáticas. Por ello, al no prever sanción, fueron llamadas normas imperfectas.

<sup>1093</sup> Como sostiene Luis Roberto BARROSO, “la visión crítica que muchos autores mantienen en relación a las normas programáticas está, por cierto, influida por el que ellas representaban antes de la ruptura con la doctrina clásica, en que figuraban como enunciados políticos, meras exhortaciones morales, destituidas de eficacia jurídica” (*O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 120).

<sup>1094</sup> Quiere decir que la naturaleza de este tipo de normas ha de cambiar la postura tradicional del intérprete, que suele mirar las normas constitucionales con la lente del derecho privado, a partir de la visión de que sólo hay obligaciones jurídicas si lo impone una ley, mediante un precepto cierto, claro o determinado seguido de una sanción. Por ello, frente a normas constitucionales, el empleo del método de interpretación lógico-formal no es adecuado en la mayoría de los casos.

<sup>1095</sup> *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, DOTT A. Giuffrè Editore, Milano, 1952, p. 104.

<sup>1096</sup> Como bien ha señalado NATOLI, “la Constitución en el plano histórico aparece como la resultante de un acuerdo de respeto recíproco entre fuerzas políticas diversas y, bajo varios aspectos contrastantes. Y puede afirmarse, con suficiente tranquilidad, que los momentos fundamentales de tal acuerdo son indicados precisamente en las normas programáticas, con las cuales se determinan los fines y las líneas de desarrollo de la nueva orden, caracterizando el tipo de régimen que está en su base y que ella consagra, es decir, un régimen mixto, que se expresa a través de las constituciones convencionales, en las cuales están presentes fuerzas políticas contrapuestas” (*Apud* José Afonso da SILVA, ob.cit. p. 155).

<sup>1097</sup> “La constitución democrática no es la voluntad ocasional de la mayoría ocasional, sino ‘la expresión de la voluntad del pueblo fundamentada y duradera, a la que se ha llegado tras una muy amplia reflexión’ (James BRYCE, *apud* STERN, Klaus, ob. cit. p. 226).

refiriéndose a los derechos fundamentales, sustraerlo de la esfera de lo mercado o de lo decidible<sup>1098</sup>.

Al respecto señala José Afonso da Silva: “la caracterización de las normas programáticas como principios generales informadores del régimen político y de su orden jurídico le da importancia fundamental, como orientación axiológica, para la comprensión del sistema jurídico nacional. El significado de ello se consustancia en el reconocimiento de que tienen ellas una eficacia interpretativa que ultrapasa, en ese punto, a las otras del sistema constitucional o legal, por cuanto apuntan los fines sociales y a las exigencias del bien común, que constituyen vectores de la aplicación de la ley”<sup>1099</sup>.

En el paradigma del Estado Constitucional de Derecho, en el que las normas programáticas juegan un papel importante en la medida que, por su intermedio, imponen vínculos sustanciales a la producción y aplicación del derecho<sup>1100</sup> y se intenta asegurar dimensiones institucionales para el disfrute de derechos económico, sociales y culturales, la incorporación de tales directrices de actuación política al campo normativo parece cambiar la noción tradicional de imperativo identificado con la estructura normativa típica de reglas, es decir, aquella que describe relatos objetivos, determinante de conductas aplicables a un conjunto delimitado de situaciones, en que, ocurriendo la hipótesis prevista en su relato, la regla debe incidir por el mecanismo de la subsunción.

Está fuera de duda que, frente a normas cuyos contenidos no se pueden extraer directa e inmediatamente del texto de la Constitución, el legislador ordinario tiene un margen de actuación político propio, pero la Constitución, siendo el marco dentro del cual debe mantenerse la legislación, puede, ella misma, limitar, dirigir e iniciar dicha actuación por medio de **mandatos constitucionales al legislador**, con señalamiento de plazo o sin él, los cuales pueden describir el ámbito de regulación del legislador de manera más restricta, más amplia, o no describirlo en absoluto; mediante *directrices constitucionales*, en las que no se prevé expresamente un mandato para emisión de una ley, no imponen tampoco la iniciativa legislativa, pero dirigen el programa legislativo<sup>1101</sup>.

Por ello, nos parece que el carácter imperativo de referidas normas no podría negarse a cuenta de una eventual “deficiencia” del texto en que viene articulado el precepto. Lo decisivo es que, al regular comportamientos públicos, imponiendo ciertos límites a la autonomía de determinados entes públicos o privados, en razón de los intereses que deben ser satisfechos, el precepto constitucional, dotado de eficacia formal desde la perspectiva de la fuente constitucional, manifiesta el carácter imperativo que crea el vínculo jurídico en favor de todos aquellos que se hallan en condiciones de beneficiarse con la ventaja de su aplicación y observancia<sup>1102</sup>.

---

<sup>1098</sup> Hablando de la connotación sustancial impresa por los derechos fundamentales al Estado de derecho y a la democracia constitucional, FERRAJOLI sostiene que tanto los derechos de libertad –que imponen prohibiciones– como los derechos sociales –que imponen obligaciones al legislador– son *sustanciales*, precisamente por ser relativos no a la forma, sino al contenido de las decisiones (FERRAJOLI, Luigi, *in Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edición de Antonio de CABO y Gerardo PISARELLO, Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 36).

<sup>1099</sup> *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 157.

<sup>1100</sup> Aunque sean vínculos negativos, de prohibiciones de emanar leyes contrarias y de anularlas.

<sup>1101</sup> STERN, Klaus, *Derecho del estado de la republica federal alemana*, pp. 224-225.

<sup>1102</sup> En este sentido José Afonso da SILVA ha demostrado la tendencia general de la doctrina consistente en afirmar el carácter vinculativo de las normas programáticas. Citando a PONTES DE MIRANDA y a Alfredo BUZAID, recuerda que el primero habla de reglas jurídicas programáticas como algo que era político-partidario, programático, y dentro del sistema jurídico, cercenando con ello la actividad de los legisladores futuros, que en el asunto programado no pueden tener otro programa, y el segundo autor, que ha sido incisivo al considerar erróneo pretender distinguir, en una constitución, cláusulas mandatarias y directorias,

Conforme señala Flávia Piovesan, “la inconstitucionalidad por omisión es reflejo y consecuencia jurídica del propio perfil de la Constitución de 1988 que, en tanto Constitución Dirigente, exige la vinculación de los Poderes Públicos a su realización. Tal vinculación sólo sería posible si se confiriese a la omisión de estos mismos poderes un sentido jurídicamente negativo. Y ese sentido jurídicamente negativo se identifica con la noción de inconstitucionalidad por omisión”<sup>1103</sup>.

En verdad no es, necesariamente, la *estructura lógico-normativa del parámetro constitucional la que determina el imperativo constitucional*. Tal como ha demostrado Luis Roberto Barroso, hay en la Constitución Federal Brasileña verdaderos derechos sociales cualificados como derechos subjetivos, que tutelan bienes e intereses directamente exigibles, que se han tornado plenamente efectivos, generando sin mayor polémica el disfrute inmediato y positivo de determinados beneficios, así como la posibilidad de exigirlos<sup>1104</sup>, pero hay otros que se dejan de concretizar, aunque sean expresados en enunciados que presentan la misma estructura lógico-normativa de las demás reglas definidoras de derechos, comportando aplicación directa e inmediata<sup>1105</sup>.

Entre las normas del último tipo se destacan dos ejemplos presentados por el autor referido: “El deber del Estado con la educación será hecho efectivo mediante la garantía de la atención educacional especializada a los portadores de deficiencia, preferentemente en la red regular de enseñanza” (Art. 208 y inciso III, CF).

En el texto se define un derecho a ser disfrutado por el minusválido: atendimento educacional especializado. Con igual claridad se especifica la parte obligada a entregar la prestación: el deber es del Estado. La parte final del dispositivo, es cierto, contiene lenguaje que le confiere carácter programático: preferentemente en la red regular de enseñanza. Pero, dice, debe considerarse que la inexigibilidad de una prestación positiva se verifique sólo en cuanto al acceso a la red regular de enseñanza, pero no en cuanto a la obligación mayor de atendimento educacional especializado, que no es condicional y, por tanto, subsiste íntegramente<sup>1106</sup>.

De ello se concluye, en otras palabras: el minusválido tendrá siempre acceso a la educación especial, que, si no pudiere ser prestada en la red regular de enseñanza, deberá ser prestada en cualquier escuela disponible, aunque sea privada, a las expensas del Estado<sup>1107</sup>.

El segundo ejemplo es: “Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, amén de otros que busquen la mejoría de su condición social, salario mínimo, fijado en ley, nacionalmente unificado, capaz de atender a sus necesidades vitales básicas y a las de su familia con vivienda, alimentación, educación, salud, ocio, vestuario, higiene, transporte y previsión social, con reajustes periódicos que preserven el poder adquisitivo, siendo vedada su vinculación para cualquier fin” (Art. 7º, y inciso IV, CF).

---

programáticas o de orientación, atribuyéndoles eficacias diversas (*in Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 154).

<sup>1103</sup> *Proteção judicial contra omissões legislativas*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 103.

<sup>1104</sup> Ejemplos de este tipo son: jornada de trabajo de ocho horas diarias (Art. 7º, XVIII); remuneración del trabajo por la noche superior al del día (Art. 7º, IX); reposo semanal y vacaciones anuales remunerados (Art. 7º XV y XVII); licencia a la gestante (Art. 7º, XVIII); aposentaduría a la mujer a los treinta años de trabajo (Art. 201, par. 7º, I) etc. (*in O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 148).

<sup>1105</sup> Ídem, p. 148.

<sup>1106</sup> Ídem, pp. 148-149.

<sup>1107</sup> Ídem, p. 152.

Sostiene el autor: ésta no es una norma programática. No sólo porque la cabeza del dispositivo se refiere expresamente a un derecho asegurado, sino también porque el precepto describe la utilidad a ser gozada –salario capaz de satisfacer las necesidades vitales básicas de un trabajador y su familia y específica, aunque de modo implícito, la conducta debida: pagar salario que atienda a los requisitos enunciados.

Tras demostrar que el enunciado contiene una serie de parámetros objetivamente contrastable, factores que han de ser tomados en cuenta en la fijación del salario mínimo, concluye el autor que sería puramente ideológica, y no científica, la negación de la posibilidad del Poder Judicial intervenir en tal materia<sup>1108</sup>.

Por otro lado, la caracterización de la omisión en implementar la norma llamada de contenido programático puede depender, como demuestra la experiencia, de la propia *importancia de los valores en causa*. En el RE-AgR 271286 / RS, en que fue relator el Ministro Celso de Mello, enjuiciado en 12.09.2000, publicado en el DJU en 24.11.2000, el STF ha reconocido el derecho subjetivo a la persona portadora del virus VIH a obtener medicamentos del Estado<sup>1109</sup>.

Aunque se tratara de un recurso en proceso de naturaleza subjetiva, es cierto que el Tribunal entendió que el derecho público subjetivo a la salud representa prerrogativa jurídica indisponible asegurada a la generalidad de las personas por la propia Constitución de la República (Art. 196), como corolario del derecho a la propia vida, bien jurídico máximo tutelado por la Constitución, por cuya protección el Estado debe velar por medio de políticas públicas y sociales. Respecto al carácter programático de la regla constitucional del Art. 196, ha dicho que el precepto “no puede convertirse en promesa constitucional inconsecuente, so pena del Poder Público, defraudando justas expectativas en él depositadas por la comunidad, sustituyendo, de manera ilegítima, el cumplimiento de su impostergable deber, por un gesto irresponsable de infidelidad gubernamental al que determina la propia Ley Fundamental del Estado”.

El precepto del Art. 196, en este caso, fue enlazado con el Art. 5º, de la Constitución, norma de derecho fundamental autoaplicable, que garantiza el derecho a la vida. El dato que subyace a la decisión es la gravedad de la enfermedad del beneficiario y su debilidad, traduciendo los valores de la dignidad de la persona humana y de justicia.

De hecho, en el que atañe a los derechos sociales, ya se ha dicho, su implementación, al contrario de lo que ocurrió con los derechos individuales y políticos, es particularmente difícil no por razones jurídicas, sino por *razones políticas*, visto se tratar de “*derecho de alto costo*”<sup>1110</sup>.

---

<sup>1108</sup> Ídem, p. 154. Sobre la cuestión el STF tuvo ocasión de intervenir estableciendo que se trata de “un claro incumplimiento, aunque parcial, de la Constitución de la República, puesto que el legislador, [dada la insuficiencia del valor correspondiente al salario mínimo] lejos de actuar como el sujeto concretizador del postulado constitucional que garantiza a la clase trabajadora un salario general de remuneración (Art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfecto, el programa constitucional asumido por el Estado en el orden jurídico” (ADInMC 1.458-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, STF, DJU, 20 set. 1996, p. 34531). Pero, la resolución se limitara a poner en conocimiento del decidido al legislador, sin otras consecuencias, revelando el tratamiento aún deficiente, dado al tema de los efectos, cuyo análisis se hará más adelante.

<sup>1109</sup> Fuente: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

<sup>1110</sup> Un argumento lógico y no refutable es el de que hay mucho más alimento en el mundo del que es necesario para alimentar a todas las personas, hecho que prueba que la pobreza no es una cuestión técnica, sino política. Así es que los derechos individuales son realizables de manera más sencilla, no porque sus formulas jurídicas sean perfectas –que el derecho mismo sea el responsable por ello–, sino porque a su modo de fruición corresponde sólo el deber de abstención estatal. Por ello que se dice que son de bajo costo.

## 2) Especies de inconstitucionalidad por omisión

### 2.1) La omisión total

La doctrina clasifica el comportamiento del poder público como *omisión absoluta o formal* al que resulta de su inercia total, por no emanar el acto normativo tendiente a ejecutar las imposiciones constitucionales, y como *omisión parcial* el comportamiento que de manera insuficiente, sólo parcialmente cumple el deber constitucional de emanar el acto normativo impuesto por la Constitución<sup>1111</sup>.

Una omisión *total* – absoluta o formal- es la ausencia que se puede constatar frente a una exigencia constitucional de actuación tras el transcurso de un plazo razonable para la edición de la norma requerida por el texto constitucional. Por tanto, la decisión que pronuncia la inconstitucionalidad por omisión total contendrá siempre la declaración de la demora del Poder u órgano administrativo.

### 2.2) La omisión parcial

Será *parcial* la omisión cuando el legislador o administrador actúe de manera insuficiente o deficiente en relación a la obligación constitucional impuesta. Habrá un producto normativo, pero que no atiende adecuadamente a la norma constitucional, pudiendo presentar cierta gradación.

El precedente típico, entre nosotros, es el de la ley que fija el salario mínimo en valores insuficientes para atender las balizas constitucionales, materia sobre la que el STF se ha pronunciado, reconociendo la inercia parcial del legislador<sup>1112</sup>.

En rigor técnico, dentro del género *omisiones parciales* hay que destacar las llamadas *omisiones relativas*, que son las que se configuran cuando la ley – o el acto normativo- excluye de su ámbito de incidencia determinadas instituciones o categorías de personas, privándolas de un beneficio, en violación al *principio de igualdad*.

Enseña Canotilho que la inconstitucionalidad por *omisión legislativa parcial* podrá resultar tanto de una incompleta o equivocada evaluación de los hechos o situaciones, como de una intención deliberada del legislador en conceder ventajas sólo a determinados grupos o contemplar ciertas situaciones, violando el principio de igualdad en el sentido material y cometiendo una “inconstitucionalidad por acción”, como derivar solamente de una incompleta apreciación de las situaciones de hecho, pero sin que exista el propósito de favorecer arbitrariamente sólo ciertos grupos o situaciones. En este ultimo supuesto habrá una inconstitucionalidad por omisión y no por acción<sup>1113</sup>.

Em la doctrina brasileña se entiende que la inconstitucionalidad por *omisión relativa* puede ser analizada dentro de la inconstitucionalidad *por acción*, que en nuestro sistema constitucional es muy amplio y mas sencillo. Siendo muy difícil identificar los motivos de la violação, admitir la *omisión relativa o parcial* sería proporcionar un

---

<sup>1111</sup>CANOTILHO, JJ. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 919. Se dice también que la referida inconstitucionalidad por omisión posee un sentido material porque es constatada a partir de un acto comissivo (omisión-producto) al cual se agrega un juicio de valor acerca de la respectiva adecuación a la constitución (Cfr. BERNARDES, Julianio Taveira, ob. cit. p. 225).

<sup>1112</sup> ADInMC 1.458-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, STF, DJU, 20 set. 1996, p. 34531.

<sup>1113</sup> CANOTILHO, JJ. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 919.

enmascaramiento de la situación, considerándose como omiso un comportamiento a veces dirigido para el fin de violar el principio de igualdad<sup>1114</sup>.

Aunque el tema pueda ser enfocado como de omisión, habría en él una norma. Señala Gilmar Ferreira Mendes: “dado que en el caso de una omisión parcial hay una conducta positiva, no hay como dejar de reconocer la admisibilidad, en principio, de aferición de la legitimidad de *acto defectuoso o incompleto* en el proceso de control de normas, aunque abstracto. Se tiene aquí una relativa, pero inequívoca, fusibilidad entre la acción directa de inconstitucionalidad (de la ley o acto normativo) y el proceso de control abstracto de la omisión, una vez que los dos procesos – el de control de normas y el de control de omisión – acaban por tener – formal y sustancialmente – el mismo objeto, esto es, la inconstitucionalidad de la norma en razón de su incompletitud”<sup>1115</sup>.

En la *omisión parcial*, como hemos visto, hay una previa obligación de actuación normativa para la ejecución de alguna norma constitucional y la inconstitucionalidad ocurre por cumplimiento insuficiente del precepto; ya en la *omisión relativa* no existe un precepto específico, el parámetro utilizado para sostener la inconstitucionalidad es compuesto por los preceptos autoaplicables que conducen a la actuación normativa en el sentido de la observancia del principio constitucional de la igualdad y de las normas que de él derivan<sup>1116</sup>.

Si en la llamada *omisión relativa* no hay una previa obligación normativa y el legislador o administrador la edita, de lo que se trata es de norma creada en conformidad con el deber general de legislar. En el ámbito de su discrecionalidad el legislador es libre para legislar<sup>1117</sup>, y si lo hace violando la constitución se tiene una *inconstitucionalidad por acción*, ya no se pudiendo hablar, por ello, de pura inconstitucionalidad por omisión.

### 3) Legitimación

Son legitimados para promover la acción de inconstitucionalidad por omisión las mismas personas y órganos autorizados por el artículo 103 de la Constitución Federal para la acción directa de inconstitucionalidad y la acción directa de constitucionalidad<sup>1118</sup>.

---

<sup>1114</sup> Cfr., FERRARI, Regina Macedo Nery, in *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p.226; VELOSO, Zeno, in *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, p. 258.

<sup>1115</sup> *Jurisdição constitucional*, p. 385. Por ello, el autor preconiza la técnica de la declaración de inconstitucionalidad sin pronuncia de nulidad en estos casos, a ejemplo de lo que hace el Tribunal Constitucional Alemán.

<sup>1116</sup> Lo distingue muy bien Juliano Taveira BERNARDES, in *Controle abstrato de constitucionalidade*, p. 227. Preceptos miscegenados no cambian la situación. El ejemplo al respecto es la concesión de reposición salarial a una categoría de servidores y no a otra o con valores distintos (art. 37, X, CF). En esto caso, habrá una omisión del legislador en el punto en que la Constitución determina una actuación uniforme para todos los servidores públicos federales, pero al mismo tiempo habrá una violación al principio de igualdad, porque el legislador hubiera tratado distintamente lo que la Constitución ha ordenado que hiciese con igualdad.

<sup>1117</sup> En el común de los casos, el legislador es libre para legislar, pero, al hacerlo, debe reglarse íntegramente por la constitución, incluso no procediendo a discriminaciones irrazonables. En tesis, las omisiones relativas pueden surgir aunque el acto no sea editado en atención a un deber constitucional concreto y específico, en los términos en que fue caracterizado. Puede tratarse de una norma creada en conformidad con el deber general de legislar, en el ámbito de discrecionalidad del legislador”. (BARROSO, Luis Roberto, in *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p.239).

<sup>1118</sup> El artículo referido, con la redacción de la EC 45/2004, prevé: “Art. 103. Pueden proponer la acción de inconstitucionalidad y la acción declaratoria de constitucionalidad: I- el Presidente de la República; II-la Mesa del Senado Federal; III-la Mesa de la Cámara de los Diputados; IV-la Mesa de Asamblea Legislativa o de la Cámara Legislativa del Distrito Federal; V-el Gobernador del Estado o del Distrito Federal; VI-el Procurador-General de la República; VII-el Consejo Federal del Orden de los Abogados del Brasil; VIII-



Se trata, así como en aquellas otras acciones procesales, de legitimación extraordinaria porque la actuación no se da en defensa de derechos propios, sino por el interés general, que se concretiza en el principio de la supremacía constitucional, aunque en algún caso pueda existir también intereses de los propios legitimados en cuanto instituciones públicas.

En relación a los llamados legitimados universales, es decir, el Presidente de la República, las Mesas del Senado Federal y de la Cámara de los Diputados, el Procurador-General de la República, el Consejo Federal del Orden de los Abogados del Brasil y los Partidos Políticos, la legitimación no depende de demostración de interés jurídico propio específicamente afectado por la omisión. Ya la Mesa de la Asamblea Legislativa, el Gobernador del Estado y las Confederaciones Sindicales o Entidades de Clase de ámbito nacional están sometidos a otros requisitos, entre ellos el llamado de pertinencia temática.

El STF exige, de la misma manera que lo hace en la acción directa, que estos últimos entes comprueben la existencia de una relación entre la omisión inconstitucional que se quiere ver declarada y sus respectivas atribuciones o finalidades sociales en sus áreas de actuación.

Con respecto a los legitimados pasivos, la Constitución tiene en cuenta a la persona o el órgano competente para emitir el acto exigido; eligiendo la Constitución el criterio de la necesidad de la “medida” para hacer efectiva la norma constitucional, la acción se dirige tanto a omisiones del Poder Ejecutivo como del Poder Legislativo y del Poder Judicial, no excluyendo, por tanto, medidas infra legales. Por ello, en principio, cualquier órgano público que deba adoptar una medida exigida por la Constitución podrá figurar en el polo pasivo de la acción.

#### 4) Procedimiento

Aunque la única mención que hace la Constitución Federal a la acción de inconstitucionalidad por omisión es el artículo 103, par. 2º, el procedimiento de esta acción procesal sigue, en sustancia, lo establecido para la acción directa de inconstitucionalidad<sup>1119</sup>. *No hay para ella reglamento específico*, ya que la ley nº 9.868/99, que dispone sobre el proceso y juicio de la acción directa de inconstitucionalidad y declaratoria de constitucionalidad, no ha hecho referencia expresa a este tipo de acción<sup>1120</sup>.

En realidad, el legislador ordinario parece haber seguido la concepción del constituyente en el sentido de considerar el control abstracto de constitucionalidad de las omisiones como una modalidad de acción directa de inconstitucionalidad. Por ello, el autor debe partir de lo que prevé el Art. 3º, I, de la ley 9.868/99, procediendo la interpretación adecuada respecto al objeto de la acción, es decir, indicar la norma constitucional a ser cumplida, demostrando el deber jurídico impuesto por la Constitución y su incumplimiento generador de la laguna.

Según el Art. 3º, II, de referida ley, el pedido tendrá que ser, por congruencia, la comunicación o el orden para que sea subsanada la laguna normativa. La petición debe presentarse por dos vías y, caso sea suscrita por un abogado, debe hacerse acompañar de

---

partido político con representación en el Congreso Nacional; IX-confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional”.

<sup>1119</sup> BARROSO, Luis Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 231.

<sup>1120</sup> Ídem, p.231.

instrumento de procuración; en caso de petición inepta, es decir, la no fundamentada y la manifiestamente improcedente serán rechazadas de plano por el relator, de cuya decisión cabrá el recurso de *agravo* (Art. 4º y par. único de la ley 9.868/99)<sup>1121</sup>.

El principio del pedido, expresamente exigido en la ley para todas las acciones procesales de control de constitucionalidad, tal como apunta Gilmar Ferreira Mendes, es esencial para la jurisdicción constitucional, dado que de él depende, en cierta medida, la calificación del órgano decisorio como un tribunal; la forma judicial constituye una característica peculiar que permite distinguir la actuación de la jurisdicción constitucional de otras actividades, de cuño meramente político<sup>1122</sup>.

Parece claro que, en la interpretación del Art. 6º de la ley, la recopilación de informaciones serán hechas a los órganos o autoridades a los cuales se imputa la omisión, las cuales tendrán que prestarlas en el plazo de treinta días.

En este tipo de acción, como ocurre en todos los procesos de índole objetiva, no se admite desistimiento, tampoco la intervención de terceros (Art. 7º); lo que no impide al relator, considerando la relevancia de la materia y la representatividad de los postulantes, en resolución definitiva, admitir la manifestación de otros órganos o entidades como *Amicus curiae* (Art. 7º, par. 2º).

Doctrina y jurisprudencia entienden no caber *medida cautelar* en la acción de inconstitucionalidad por omisión dada la singular circunstancia de que el Tribunal Supremo no admite, siquiera en la decisión final sobre la materia, expedir proveimiento normativo con el objetivo de suplir la inercia del órgano insolvente. De ahí se concluye que menos aún podría hacerse en medida cautelar que anticipase los efectos positivos que la propia decisión de fondo no tendría.

Sin embargo, no parece un despropósito que el Tribunal pueda, en un examen sumario del mérito, conceder algún proveimiento cautelar de naturaleza inhibitoria<sup>1123</sup>, con el fin de asegurar la utilidad práctica de la sentencia que suele tardar años, si constata la plausibilidad de la alegada omisión inconstitucional y riesgo de danos a situaciones jurídicas legítimas por efecto de la omisión.

Una salvedad importante en el procedimiento radica en la *no intervención del Abogado General de la Unión*, en caso de omisión inconstitucional absoluta o formal, dada la sencilla circunstancia de que, no existiendo el acto, no hay motivo para la defensa. Otra deberá ser la situación, entiende Luis Roberto Barroso, en caso de omisión parcial en la que se impute deficiencia o insuficiencia al acto, pareciendo lógico su audiencia, porque la demanda entraña un juicio acerca de la constitucionalidad de norma en vigor<sup>1124</sup>.

El Procurador-General de la República, que actúa como fiscal del orden jurídico-constitucional y tiene intervención en todos los procesos de competencia del STF, debe manifestarse en los autos en el plazo de quince días contados desde el fin del plazo de las informaciones.

---

<sup>1121</sup> Ídem, p. 232.

<sup>1122</sup> *Controle concentrado de constitucionalidade*, pp. 235-236.

<sup>1123</sup> Por ejemplo, la suspensión de procesos judiciales o administrativos, para cuya solución fuese relevante la norma constitucional ineficaz en virtud de la omisión inconstitucional. En el MI 107, Rel. el Min. Moreira Alves, el Tribunal concedió medida cautelar para este efecto, por considerar que había riesgo al derecho del autor, ya que en defecto de la ley necesaria, otra, inconstitucional, sería aplicada (Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, in *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, p. 452).

<sup>1124</sup> *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 233.

Un apunte final y necesario en este apartado: aunque la Constitución Federal sólo prevea la acción de control abstracto por omisión en el ámbito del STF, es perfectamente posible que los Estados miembros de nuestra federación instituyan referida vía procesal de control abstracto de las omisiones de los Poderes públicos y de los órganos administrativos del estado, ante inercia en la implementación de normas constitucionales estatales.

Sostiene Luis Roberto Barroso, con apoyo en la doctrina mayoritaria, esta posibilidad: “su institución se armoniza con la autonomía reconocida al Estado en materia de auto-organización y auto-gobierno, desde que es observado el modelo federal. A favor de la tesis hay también la idea antes enunciada de la unicidad del fenómeno de la inconstitucionalidad, de modo que, existiendo la previsión de representación de inconstitucionalidad, en su ámbito debe ser comprendido el reconocimiento de la omisión violadora de la Constitución. Todo ello sin mencionar que la declaración de inconstitucionalidad por omisión, que se resuelve en mera comunicación al órgano omiso, es un *minus* en relación a la declaración de inconstitucionalidad por acción, que paraliza la eficacia de la norma”<sup>1125</sup>.

## 5) Efectos

Los efectos de la sentencia de estimación de la acción de inconstitucionalidad por omisión están íntimamente conectados con la naturaleza de la acción. Es decir, la propia definición de la acción por *omisión* inconstitucional como el mecanismo constitucional de fiscalización destinado a colmar laguna en el ordenamiento jurídico, tendría que dictaminar, lógicamente, el alcance o extensión de los efectos de la sentencia que estime la acción<sup>1126</sup>.

En los términos literales del artículo 103, par. 2º de la Constitución Federal, “declarada la inconstitucionalidad por omisión de medida para tornar efectiva norma constitucional, será puesto en conocimiento del Poder competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para hacerlo en treinta días”.

Por tanto, la Constitución ha dado ***distinta operatividad a la decisión*** según la fuente de donde debe proceder la medida necesaria para el cumplimiento de la norma constitucional; si la providencia es de competencia de algún Poder<sup>1127</sup>, el Tribunal le dará conocimiento; si la medida es de cuño administrativo, el Tribunal pasara orden al órgano

---

<sup>1125</sup> Ídem, p. 226. Tal como anota el autor, los Estados del Rio de Janeiro y São Paulo ya lo prevén expresamente en sus constituciones: CE-RJ, art. 162, par. 2º, CE-SP, art. 74, VI.

<sup>1126</sup> Si se piensa en un instrumento procesal destinado sólo a constatar la demora del poder público, sin que el Tribunal pueda intervenir en el ordenamiento jurídico haciendo editar la norma faltante ni tampoco ordenar al poder competente que lo haga en plazo determinado, la sentencia no tendrá otro efecto sino el de declarar la omisión y dar conocimiento al órgano competente; pero, si se le concibe como un mecanismo constitucional de fiscalización del poder, destinado a proveer la integración del ordenamiento jurídico a fin de imprimir efectividad a la Constitución Federal, entonces la conclusión forzosamente debe ser la de reconocer a la sentencia estimatoria un efecto constitutivo de derecho nuevo.

<sup>1127</sup> Debe recordarse que, en nuestro ordenamiento jurídico, el principio de la separación de poderes convive con limitaciones importantes. El Legislativo posee, en algunos supuestos, además de funciones legislativas también funciones administrativas y judiciales y de fiscalización del Ejecutivo. Éste, a su vez, no sólo ejecuta, sino que legisla por medio de medidas provisionales y reglamentos; y el Judicial tiene, además de su función jurisdiccional típica, funciones administrativas y hasta la iniciativa de proyectos de ley en su ámbito propio. Así que las omisiones inconstitucionales pueden provenir por inercia de cualquiera de los poderes y, específicamente, de algún órgano que sea directamente encargado por la Carta Magna para actuar.

administrativo encargado para que lo haga. En el primer supuesto, no hay fijación de plazo, mientras en el segundo el plazo es de treinta días.

El distinto trato, en cuanto a los efectos, parece fundarse no tanto en la naturaleza de la medida como en la *dignidad de la fuente productora*. Sea como fuere, parece subyacer la idea de que la medida administrativa, por su sencillez, se lograría de manera mas expedita, sin los trámites propios de medidas legislativas, en el ámbito de los Poderes públicos.

En la Adin 1.458-DF, en la que fue relator el Ministro Celso de Mello, publicada en el DJU de 20.09.1996, el Tribunal firmó la orientación de que: “La procedencia (estimación) de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, significando el reconocimiento judicial del estado de inercia del Poder Público, confiere al Supremo Tribunal Federal, únicamente, el poder de dar conocimiento al legislador, para que éste adopte las medidas necesarias para la concretización del texto constitucional”. “No asiste al Supremo Tribunal Federal, frente a los propios límites fijados por la Carta Política en tema de inconstitucionalidad por omisión (CF, Art. 103, par. 2º), la prerrogativa de expedir proveimientos normativos con el objetivo de suplir la inactividad del órgano legislativo”<sup>1128</sup>.

La solución, como se ve, es insatisfactoria. Dar conocimiento al legislador para que haga aquello que la constitución le ha mandado hacer y no ha hecho, no convierte una omisión en acción. No es suficiente para superar el estado de inercia del legislador, que puede persistir indefinidamente, aunque el conocimiento pueda entrañar, a medio o largo plazo, un efecto político o moral.

Antes de esta sentencia, el STF, en el *Mandado de Injunção* 107, en que fue relator el Ministro Moreira Alves<sup>1129</sup>, firmara la tesis de que la decisión de la *injunção*, así como de la inconstitucionalidad por omisión, tendría naturaleza de *mandamiento*, es decir, con capacidad de informar al Poder u órgano competente de su omisión, para que ella fuera suspensa. El razonamiento emprendido ha sido el de que sería absurdo que el Poder Judicial pudiera decidir de forma *constitutiva*, dando efectividad directa al derecho individual del *impetrante* (requirente) del *mandado de injunção*, inerte por falta de reglamentación infraconstitucional, pues, no siendo posible proferir sentencia constitutiva en acción directa de inconstitucionalidad por omisión, que tiene por objetivo la defensa del interés público, sería contradictorio permitirlo en el *mandado de injunção*, donde el impetrante tiene el objetivo único de ver prevalecer sus intereses individuales. Caso de que esa hipótesis fuera admitida, se estaría confiriendo más importancia a intereses individuales que a los intereses de carácter general.

El fundamento básico del voto conductor, acompañado por todos los Ministros de aquel Tribunal, ha sido el de que una decisión de naturaleza constitutiva, especialmente la que a todos vinculara, incurriría en *usurpación de la función del Poder Legislativo*, lo

---

<sup>1128</sup> RTJ 162/877.

<sup>1129</sup> El relator distingue las dos grandes vertientes doctrinarias: una corriente entendía que el MI es acción que se propone en contra del Poder, órgano etc., omisos en cuanto a la norma reglamentar necesaria para viabilizar el ejercicio de los derechos, y se destina a obtener una sentencia que declare la ocurrencia de la omisión ilegal a fin de que se adopten las providencias a la eliminación de esas omisión. Para la segunda corriente de opinión, la decisión del *mandado de injunção* debe hacer implementar a través de una sentencia constitutiva el derecho subjetivo, garantía o prerrogativa cuyo ejercicio está impedido por la omisión reglamentar. Los partidarios de la primera corriente piensan que la decisión afecta a todos, mientras que los de la segunda sostienen que la sentencia debe vincular solamente las partes del proceso (Cfr. VIEIRA, Oscar Vilhena, in *Supremo Tribunal Federal: jurisprudencia política*, p. 199).

que sería incompatible con el principio de la separación de poderes y, por ende, con el principio de la democracia.

El constituyente ha querido, según el STF, conferir tanto al *mandado de injunção* como a la *acción de inconstitucionalidad por omisión* significado procesal semejante, asegurando a las decisiones proferidas en estos procesos idénticas consecuencias jurídicas<sup>1130</sup>. Al unificar los efectos de los dos instrumentos procesales, vinculándolos a una misma naturaleza jurídica, los fundió en una unidad, pese tratarse de cosas muy distintas, con finalidades muy diversas<sup>1131</sup>.

Estaba trazada la doctrina que acabó por restringir el instrumento del *mandado de injunção*, cambiando un mecanismo claramente destinado a dar efectividad a derechos constitucionales del Estado Social obstaculizados por falta de norma reglamentar por una ***mera notificación del infractor*** que, a un tiempo, ha tornado ***inútil la acción de control constitucional*** de las omisiones del Poder público.

En efecto, mientras el *mandado de injunção* provee el *derecho subjetivo*, el bien de la vida frustrado por la falta de la norma, realiza el derecho sustantivo, no es instrumento de provisión de norma para el ordenamiento jurídico, la acción de inconstitucionalidad por omisión no provee *derechos subjetivos*, no realiza derecho concreto, provee la ***norma abstracta o medidas*** faltantes en el ordenamiento jurídico; ambos tienen el mismo presupuesto o causa de pedir –la falta de la norma exigida por la Constitución– pero alcances distintos: aquél es *un instrumento al servicio del derecho individual*, ésta es *un mecanismo de control abstracto de constitucionalidad*, un control de poder ejercido sobre aquéllos a los que la Constitución impuso el deber de no obstaculizar, por inacción, ciertas situaciones previamente consideradas por el constituyente como relevantes para el régimen constitucional.

En el ángulo procesal, en el MI la legitimación es abierta a todos los interesados; en la acción de inconstitucionalidad por omisión la legitimación es institucional y exhaustiva; la sentencia en el MI tiene eficacia *inter partes*, la sentencia en la acción de inconstitucionalidad por omisión posee eficacia *erga omnes* y efecto vinculante<sup>1132</sup>.

Es cierto que, posteriormente, el STF ha avanzado algo en el ámbito del *mandado de injunção*, señalando plazo para el cumplimiento de sus sentencias<sup>1133</sup>, pero, es

---

<sup>1130</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, p. 54.

<sup>1131</sup> La comparación de relevancia entre intereses individuales e intereses generales, en este caso, no es válida para llegar a la conclusión. La eficacia *erga omnes* y efecto vinculante -constituyendo derecho nuevo- de la sentencia en el proceso de control abstracto de constitucionalidad deriva de la generalidad y abstracción de la norma controlada (control positivo), calidades que las normas de derecho individual también pueden tener si son normas de derecho fundamental. Pero, lo que es decisivo es la naturaleza del proceso, ya que el mandato de injunción es siempre una acción procesal de naturaleza subjetiva, para defensa o promoción de un derecho concreto, mientras la acción de inconstitucionalidad por omisión es proceso de naturaleza objetiva, cuya sentencia tiene alcance general.

<sup>1132</sup> Esta es la opinión quizá unánime de la doctrina y también la posición de los Ministros Carlos Mario VELOSO y MARCO AURELIO de Mello, del STF, manifestada en el MI 232/RJ, relator Min. MOREIRA ALVES, DJU 27.3.1992, p. 3.800, RTJ: 137/965-98).

<sup>1133</sup> MI 283 / DF - *MANDADO DE INJUNÇÃO*, relator Min. Sepúlveda PERTENCE, juicio: 20/03/1991, DJ 14-11-1991 PP-16355. El único punto de avance en este caso ha sido el hecho de que el STF declaró la mora del Congreso Nacional y determinó que, caso de que la ley no fuese sancionada en sesenta días, cuarenta y cinco para su aprobación y quince para la sanción presidencial, debería reconocerse a favor del *impetrante* la facultad de obtener, por la vía procesal adecuada, sentencia *liquida* de condena a la reparación constitucional debida, por las pérdidas y daños que se atribuyen”.

cierto también, que ello ocurrió en situaciones en las que la propia constitución fijaba plazo al legislador<sup>1134</sup>.

Esta comprensión restricta de la acción de inconstitucionalidad por omisión guarda una correspondencia casi directa con la concepción originaria. La creación del instituto se dio en la Constitución de la República Socialista Federalista de Yugoslavia (RSFY) de 30.01.1974<sup>1135</sup>, cuyo artículo 377 decía: “Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado la prescripción para la ejecución de las disposiciones de la Constitución de la RSFY, de las leyes y de otras prescripciones y actos generales federales, habiendo sido obligado a dictarla, informará de ello a la Asamblea de la RSFY”<sup>1136</sup>.

Debe notarse todavía que, si en el origen no se tenía un efecto más que el conocimiento de la Asamblea (el Parlamento) para colmar la omisión declarada inconstitucional, ya en la Constitución portuguesa de 1976 se ha agregado a la sentencia de inconstitucionalidad por omisión un componente más que de mandamiento, pues el artículo 279 lo prescribía con claridad: “Cuando la Constitución no estuviere a ser cumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para tornar ejecutables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos legislativos competentes que las emitan en tiempo razonable”.

Esto efecto de orden –que una interpretación finalística del verbo “recomendar” pudiera permitir - ha sido suprimido en la Constitución portuguesa en su primera revisión constitucional y en su lugar se ha puesto, como consecuencia de la decisión, el *simple conocimiento* al órgano legislativo competente. Así quedó el artículo 286:

“1. A requerimiento del Presidente de la República, del Proveedor de Justicia o, con fundamento en violación de derecho de las regiones autónomas, de los presidentes de las asambleas legislativas regionales, el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el no cumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para tornar ejecutables las normas constitucionales.

2. Cuando el Tribunal Constitucional verifica la existencia de inconstitucionalidad por omisión, dará de ello conocimiento al órgano legislativo competente”.

Se ha producido un visible retroceso en este tema, ya que se ha sacado del precepto constitucional anterior no sólo la *recomendación* para la actuación efectiva de los órganos legislativos, sino también la posibilidad de imponerles un *plazo razonable* para la

---

<sup>1134</sup> En los MI 232 y 283, citados por la mayoría de la doctrina como representando una evolución en la jurisprudencia del STF, no se debe ocultar que, en cuanto al MI 232, la propia constitución imponía al Congreso Nacional el plazo máximo de seis meses, tras su promulgación, para presentar proyectos de ley relativos a la organización de seguridad social y los planes de gasto y de beneficios (Art. 59 del ADCT), lo que no hubiera sido cumplido hasta la interposición del mandado y, en cuanto al MI 283, el Art. 8º, par. 3º, del ADCT también prescribía: “A los ciudadanos que fueron impedidos de ejercer, en la vida civil, actividad profesional específica, a causa de las Portarías Reservadas del Ministerio de la Aeronáutica S-50GM5, de 19.6.1964, y S-285-GM5 será concedida reparación económica, en la forma que dispusiera la ley de iniciativa del Congreso Nacional y de la entrada en vigor en el plazo de doce meses a contar de la promulgación de la Constitución”.

<sup>1135</sup> Donde la Constitución portuguesa de 1976 ha buscado inspiración, consagrándolo en su artículo 279, actualmente el artículo 283 de la Carta vigente.

<sup>1136</sup> Cfr. *Constituições estrangeiras*, Subsecretaria de edições técnicas do Senado Federal, Brasília, 1998, p. 326.

edición de la norma<sup>1137</sup>. Y nuestra Constitución, promulgada en 1988, que en muchos aspectos recibiera el influjo de la Carta lusitana, ha incorporado esta misma concepción restricta de los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad por omisión en relación a los actos del legislador.

Entre nosotros la sentencia tiene un *carácter constitutivo* en relación a los órganos administrativos, a los cuales el Tribunal dará orden para adopción de las providencias necesarias en el plazo de treinta días, permitiendo la sanción del agente público encargado, pero en relación al Poder Legislativo no hay fijación de plazo ni nada más que el simple conocimiento, una comunicación que sólo entraña efecto moral y político.

El razonamiento que rechaza efecto constitutivo en la sentencia por considerarlo incompatible con *el principio de la separación de poderes y con el principio democrático* parece impropio, si se tiene en cuenta que el control de constitucionalidad es autorizado por la propia Constitución, que confiere al Supremo Tribunal Federal, como su guardia y máximo interprete, una competencia de fiscalización del orden jurídico-constitucional. Y es cierto que el constituyente puede disponer libremente sobre el radio de competencia de los órganos constitucionales que instituye<sup>1138</sup>, confiriendo a uno el que típicamente pudiera ser del otro<sup>1139</sup>.

Por otro lado, no viola el principio democrático el hecho de que el Tribunal pueda ejercer una función casi-legislativa, produciendo derecho nuevo si referida actividad es ejercida en carácter específico, de manera excepcional y en supuestos autorizados por la Constitución<sup>1140</sup>. Hay que recordar, además, que el STF emplea, en el control positivo de normas, técnicas o métodos de interpretación mucho más activos, como la interpretación conforme, la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad, incluso con recomendaciones al legislador, pudiendo incluso, ahora con autorización legal (Art. 27 de la ley 9.868/99), restringir el ámbito de la sentencia y fijar el término inicial de los efectos, en nombre del interés social y la seguridad jurídica, *incidiendo de manera muy drástica en la función legislativa*, a veces cambiando casi enteramente el sentido de la norma, aunque esta postura del Tribunal ya no causa revuelo.

Por todas esas consideraciones, nuestra opinión en relación a esta cuestión es que *el carácter constitutivo de la sentencia* que estima la acción de inconstitucionalidad por omisión resulta de la propia lógica de la Constitución vigente, que ha decidido atribuir

---

<sup>1137</sup> No cabe duda de que el cambio en la redacción de la Carta portuguesa tuviera finalidad precisa: evitar que el Tribunal Constitucional pudiera conferir a la sentencia el efecto constitutivo, fijando plazo para el cumplimiento. Ello queda claro, pues mientras antes se hablaba en “recomendar”, ahora se dice “dar conocimiento” al órgano legislativo competente.

<sup>1138</sup> Eso es un falso problema –dice Luis Roberto BARROSO–, pues, “al ángulo jurídico, la separación de los Poderes se reduce a una cuestión de derecho positivo, lo que equivale decir que el constituyente, sin ninguna limitación aparte de las consecuentes del propio sistema que desee implantar, puede disponer libremente sobre el radio de competencia de los órganos constitucionales que instituye” (*O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 169).

<sup>1139</sup> Es el poder judicial usualmente el competente para esta misión de intérprete cualificado de la Constitución y de las normas jurídicas, para que puedan actuar concretamente. Pero esto no es una regla inflexible. Por ejemplo, en Francia no compete al judicial el control de constitucionalidad de los actos del Parlamento (Cfr. BARROSO, Luis Roberto, ob. cit. p. 170).

<sup>1140</sup> La cuestión de la legitimidad del control por omisión se reconduce a la legitimidad de cualquier tipo de control de constitucionalidad de normas y, por lo tanto, es una paradójica aceptar la posibilidad de que los tribunales, constitucionales o no, declaren nulas las leyes, pero no considerar legítima su actividad de integración del ordenamiento jurídico, cuando en el primer supuesto las consecuencias para el legislador son incluso más graves, pues el control incide sobre el producto de su competencia legislativa ya ejercida.

al Supremo Tribunal Federal la misión de defensa de su supremacía frente a las omisiones del Poder público, incluso frente a las omisiones legislativas. El hecho de que el texto constitucional sólo fije plazo al administrador para que implemente la medida faltante, y no al legislador u otro Poder, no impresiona y, además, desmitifica la tesis de falta de poder al Tribunal.

Es fácil comprender que medidas originarias de órgano administrativo son, en general, de más sencilla confección, mientras que las de competencia de los Poderes no siempre lo son. Por ello la Constitución no ha fijado plazo algún para éstos, teniendo en cuenta, lógicamente, las complejidades inherentes a ciertos tipos de medida, el que hace suponer un análisis casuístico por parte del Tribunal, que deberá ponderar acerca de los mejores medios y plazos de hacer efectiva la norma constitucional.

Hay, por tanto, un abanico de posibilidades a favor del Tribunal conforme a las circunstancias del caso concreto; podrá adoptar sentencia normativa para suplir las lagunas jurídicas en la extensión que considere necesaria al despliegue de eficacia suficiente de la norma constitucional, atendiendo a las repercusiones políticas, económicas y sociales, fijando plazo para el cumplimiento de su decisión.

Así es que, *las providencias necesarias* al cargo del Poder competente, como expresa la Constitución, habrán de ser adoptadas, tras la declaración de la omisión inconstitucional por el Tribunal, según los parámetros mínimos firmados por la Corte, parámetros éstos de los cuales el Poder competente no podrá se alejar. Y, como es perceptible, en muchos casos, la discreción de los agentes políticos en la reglamentación detallada de materias de su competencia constitucional no sería afectada por la sentencia, en caso de que el Tribunal mantuviese postura restrictiva, señalando sólo las líneas básicas que deben ser obligatoriamente observadas mientras no sobrevenga la ley propia.

A modo de conclusión, pensamos que en ningún otro tema se manifiesta una visión tan conservadora del Supremo Tribunal Federal, aferrada todavía a concepciones procesales tradicionales que empujan la evolución de la jurisdicción de control constitucional, denotando poca comprensión sobre el *quehacer* que la Carta Magna ha confiado a su guardia y máximo interprete.

Pero esta no es, verdaderamente, una cuestión técnica y sí una cuestión político-ideológica<sup>1141</sup>; el STF debe hacer actuar a la Constitución en su fuerza máxima, asumiendo, en definitiva, la naturaleza política de la función de control abstracto de constitucionalidad de las normas y, consecuentemente, hay que adoptar postura semejante, o todavía más arriesgada, a la que desarrolla en la interpretación de las acciones de inconstitucionalidad de norma, donde ha dejado buenos ejemplos de que la fuerza normativa de la Constitución exige una toma de posición frente a dogmas casi insuperables, como el de la separación casi absoluta de poderes, el primado de la soberanía del parlamento y de la vetusta noción de legitimidad exclusiva de la clase política ungida por el voto popular.

No se puede ocultar, de otra parte, el recelo del Supremo Tribunal Federal por atraer para sí el papel de impulsador del derecho económico y social, ya que son de este tenor la mayor cantidad de normas constitucionales no implementadas por falta de ley Infra-constitucional. Pero, aparte de no haber justificaciones plausibles para rechazar el

---

<sup>1141</sup> Tal como dice Angel GARRORENA MORALES, “la verdadera eficacia de la sentencia no se acaba jugando en el plano escuetamente jurídico de la determinación de sus “efectos”, sino en el mucho más político de su efectividad frente a los demás poderes, esto es (...) en el plano de su entidad como acto de poder” (*Revista de derecho político* num. 11, 1981, p. 22).



cumplimiento del deber constitucional, la sistemática omisión de aquella Corte Suprema, en no colmar las lagunas jurídicas del ordenamiento, representa sublimación y reverencia enteramente injustificables, en la actualidad, a la idea de exclusividad del parlamento en la actividad de producción de normas.

En este campo, en primer lugar, debe distinguirse entre normas de contenido económico-social que imponen concretamente una acción singular, que se satisfacen con la práctica de un determinado acto legislativo o normativo puro y sencillo, de aquellas otras en las que sólo se cumple por medio de proyectos o de medidas jurídico-políticas, de largo plazo, orientadas para satisfacer el mandamiento constitucional de transformación de la realidad. El primer supuesto constitucional se cumple con el simple ofrecimiento de la norma al ordenamiento jurídico, mientras que el segundo exige una política de acción gubernamental permanente en la que es asegurado un margen de discrecionalidad al administrador<sup>1142</sup> en cuanto a la elección de medios procesales y los modos de implementación<sup>1143</sup>.

Sea como fuere, lo cierto es que la pasividad del Tribunal en este tema no trae causa reverencia al legislador –que las técnicas de la interpretación conforme, en sus diversas variantes, han desmentido- sino mas bien parece ser de “respeto” al Ejecutivo<sup>1144</sup>, el sujeto pasivo de los efectos económico-financieros que impondrían las sentencias normativas, lo que plantearía, lógicamente, riesgos de pugnas y roces capaces de afectar a la propia supervivencia de aquel Tribunal, que tiene todavía muy vivos los recuerdos de las intervenciones y persecuciones sufridas en el período dictatorial, riesgo que, como lo demuestra la historia, no es un privilegio de nuestro país<sup>1145</sup>.

Al cerrar este capítulo, pueden invocarse las palabras de Garrorena Morales sobre la eficacia de las sentencias constitucionales. Dice él: “la sentencia constitucional, en definitiva –ese es su riesgo, pero pienso que también, en mayor medida, su riqueza y su virtud-, es a la vez realidad política y realidad jurídica fundidas en una unidad de acto. Esa es su condición...Y lo único que cabe desear es que ese discurso formalizado que es la sentencia, conforme a lo que Francis Bacon consideraba que es el sentido de todo discurso, acierte a ‘aplicar la razón a la imaginación... para, de este modo, mover mejor la voluntad’”<sup>1146</sup>.

---

<sup>1142</sup> Al efecto, parece necesario abandonar la noción de obligación jurídica para sustituirla por la idea de deber jurídico-constitucional, pues la primera suele referirse siempre a la concepción tradicional de que la norma sólo es norma si describe una hipótesis fáctica seguida de una sanción, estructura formal que no se presta a la descripción de la gran mayoría de las normas de las Constituciones actuales.

<sup>1143</sup> Esta noción está asociada a la idea de proceso o de programa en el cual los poderes estatales están vinculados según los fines establecidos por la Constitución, pero hay, casi siempre, entera libertad en cuanto a los modos de ejecución de los proyectos, de las medidas gubernamentales etc, las cuales podrán sufrir corrección de rumbo en el tiempo por la vía político-administrativa.

<sup>1144</sup> En nuestro sistema político, de régimen presidencialista y concentrador de poderes, el referente mayor no es el parlamento, sino el Poder Ejecutivo. Y aunque de manera esporádica la mayor parte de las críticas al STF emanen del Congreso Nacional, el temor de colisión real, que parece advertirse de la postura del Tribunal, vuelve al Ejecutivo, quizá en razón de nuestra formación cultural, dominada, desde la colonización, por una concepción autoritaria y patrimonialista del poder central del ejecutivo.

<sup>1145</sup> El caso más emblemático es el norteamericano, en el que el Presidente JACKSON, tras la sentencia *Cherokee Nation v. Georgia*, ha dicho: “El juez Marshal ha dictado sentencia..., ahora tendrá también que ejecutarla”. Pero en Europa, ha sido espectacular el caso de la Circular del Ministerio de Justicia italiano, de 5 de abril de 1970, que hizo imposible el cumplimiento de la sentencia num. 133 del mismo año, además de tantos otros enfrentamientos entre Tribunales Constitucionales y gobiernos (Cfr. GARRORENA MORALES, Angel, ob. cit. p. 22).

<sup>1146</sup> Ob. cit. p. 27.

Sin embargo, en la ADI 3316, juzgada en 09.05.2007, en que fue relator el Ministro Eros Grau, en la que se impugnaba la ley n° 6.893/98, que hubiera creado el Municipio de Santo Antonio do Leste, en el Estado de Mato Grosso, sin ley complementar de competencia del Congreso Nacional que disciplinase la creación, incorporación, fusión o desmembramiento de municipios, exigida por la EC 15/96, el STF ha decidido declarar inconstitucional la ley estadual impugnada, pero sin la pronuncia de nulidad. El Tribunal, en el acórdão publicado en 28.06.2007, al reconocer la fuerza normativa de los hechos, mantuvo la existencia del Municipio, creado en la ausencia de la ley complementar exigida por la Constitución Federal, en nombre de la seguridad jurídica.

De esta sentencia – en la que se trataba de inconstitucionalidad por acción – puede extraerse que el STF ha considerado la omisión del Congreso Nacional en legislar al respecto del tema y ha reconocido que “la no edición de la ley complementar dentro de un plazo razonable consustancia autentica violación del orden constitucional” y suspendió la declaración de nulidad por el plazo de 24 (veinte y cuatro) meses, a fin de que el Congreso pueda legislar al respecto.

Frente a esta sentencia, ya no parece posible mantener la idea de que el Tribunal no pueda crear los parámetros normativos compatibles con las exigencias constitucionales, fijando un plazo para el Poder Legislativo colmar la laguna *legis*. Parece que empezamos, finalmente, a la corrección de rumbos<sup>1147</sup>.

Finalmente, en decisiones proferidas el 31 de octubre de 2007 en los Mandados de Injunción 670/ES y 708/DF, en que fue relator el Min. Gilmar Mendes, en acórdãos publicados el 31.10.2008, el STF ha evolucionado todavía más, declarando la omisión inconstitucional en la no reglamentación, por el Congreso Nacional, del derecho de huelga de los funcionarios públicos civiles, determinando, como solución para la omisión legislativa, la aplicación de la Lei n° 7.783, de 28 de junio de 1989, que regula la huelga para los trabajadores en general.

De manera destacada, en el Mandado de Injunción 712/PA, en que fue relator el Ministro Eros Grau, en acórdão también publicado el 31.10.2008, la Suprema Corte ha firmado con precisión la naturaleza y función de su sentencia, asentando: El argumento de que la Corte estaría a legislar – el que es inconcebible, por herir la separación de poderes (Art. 60, § 4o, III) – es insubsistente. El Poder Judiciario está vinculado por el deber-poder de, en el mandado de injunción, formular supletivamente la norma regulamentadora de que carece el ordenamiento jurídico. En el mandado de injunción el Poder Judiciário no define

---

<sup>1147</sup> Tras esta decisión, el STF ha resuelto las ADI 2240/BA y ADI 3489/SC y ADI 3689/PA, también de la relatoría del Min. Eros GRAU, que versaba materias idénticas, declarando la inconstitucionalidad de las leyes impugnadas, porque editadas en la ausencia de la LC de la competencia de la Unión, sobre la creación, desmembramiento y fusión de municipios. El Tribunal declaró la inconstitucionalidad sin pronuncia de nulidad por el plazo de 24 (veinte y cuatro) meses, a fin de que el Congreso Nacional legisle sobre la materia. Aunque las acciones no impugnaban la *omisión* del Congreso Nacional, sino la ley estadual que se editara en la falta de la LC federal, el STF ha reconocido la omisión del Congreso, por ello mismo ha suspendido la declaración de nulidad de las leyes por plazo cierto, a fin de que el Legislativo cumpla su deber constitucional. Há dicho el ponente: “La no edición de La ley complementar dentro de um plazo razonable consubstancia autentica violação del ordem constitucional”. “El estado de excepción es uma zona de indiferencia entre el caos y el estado de la normalidad. No es la excepción que se subtrai a la norma, pero la norma que, supendiéndose, da lugar a la excepción – apenas de ese modo ella se constitui como regla, manteniéndose en relación con la excepción. Al Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando también esas situaciones de excepción. No se aleja del ordenamiento, al hacerlo, eis que aplica la norma a la excepción desaplicandola, es decir, sacandola de la excepción. Cumple verificar el que menos compromete la fuerza normativa futura de la Constitución y su función de estabilización”.

norma de decisión, pero enuncia el texto normativo que faltaba para, en el caso, tornar viable el ejercicio del derecho de huelga de los servidores públicos”.

Frente a essa evolución de entendimiento, al admitirse el carater constitutivo de las sentencias en mandado de injunción, parece evidente que los mismos razonamientos se impondrán para la sentencia en acción de inconstitucionalidad por omisión.

Un apunte final: el 27 de octubre de este año vino a la luz la Ley nº 12.063, que ha añadido el capítulo II-A a la Ley nº 9.868/99, que regula el proceso de la acción directa de inconstitucionalidad en el STF. Pero nada en ella cambia las observaciones críticas que hemos hecho acerca del tema.

## Capítulo X

### La Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental

#### Introducción

Creado por la Constitución de 1988, el Instituto de la *Arguição* de Incumplimiento de Precepto Constitucional-ADPF (que aquí llamaremos acción) forma parte de los mecanismos de control concentrado de normas y actos del Poder Público por el Supremo Tribunal Federal, como garantía específica de los preceptos considerados fundamentales *decurrentes* (consecuentes o derivados) de la Constitución.

Su previsión se encuentra en el Art. 102, par. 1º de la Constitución Federal: “La acción de incumplimiento de precepto fundamental *decurrente* de esta Constitución será apreciada por el Supremo Tribunal Federal, en la forma de la ley”.

El surgimiento del novedoso instituto, dada la fórmula textual empleada, en la que se remite al legislador ordinario su reglamentación e, incluso, dada la vaguedad o indeterminación de su enunciado, permitiendo, en principio, superposición parcial de materias objeto de control de otras vías procesales, ha llevado a muchas dudas doctrinarias<sup>1148</sup>. El STF lo ha considerado como de no aplicabilidad inmediata<sup>1149</sup>, pese a la crítica de cierto sector doctrinal<sup>1150</sup>.

Tras un largo plazo de más de diez años, vino la ley 9.882, de 3 de diciembre de 1999, que dispone sobre el proceso y juzgamiento de la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental. Pero su surgimiento no ha contribuido, todavía, a aclarar las incertidumbres que quedan en la comunidad y, además de ello, la íntegra de la ley es objeto de impugnación en acción directa de inconstitucionalidad todavía no decidida por el Supremo Tribunal Federal<sup>1151</sup>.

#### 1) Tipos de acción

Dice la ley 9.882/99 en su Art. 1º: “la acción prevista en el Art. 102, par. 1º de la Constitución será propuesta ante el Supremo Tribunal Federal, y tendrá por objeto evitar

---

<sup>1148</sup> Un proyecto inicial, de autoría de la Diputada Sandra STARLING, de reglamentación del artículo 102, par. 1º, CF, sólo contemplaba, con el nombre *iuris* “reclamación”, la posibilidad de control de actos resultantes de interpretación o aplicación de los Regimientos Internos de las Casas del Congreso Nacional, o del Regimiento Común, en el proceso legislativo de elaboración de las normas previstas en el Art. 59 de la Constitución. Parte de la doctrina sostenía que la Constitución hubiera introducido una forma de *abocatoria* (avocación de la cuestión), v.g. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, in *O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade*, RDA, 220, p. 14, mientras otros llegaban a considerar haber habido un renacimiento de la llamada acción incidental del recurso extraordinario (RODRIGUES, Maria Stella V. S. Lopes, in *Recursos na nova Constituição: extraordinário, especial e ordinário constitucional em mandado de segurança*, 2ª ed., rev. e Ampl., RT, São Paulo, 1992, pp-28-29, *apud* BERNARDES, Juliano Taveira, ob. cit. p. 93).

<sup>1149</sup> Es lo que ha decidido el STF en el Agravo Regimental en Agravo de Instrumento 14.860, Rel. Min. MARCO AURELIO, juzgado en 09.02.1993, en el Agravo Regimental en Agravo de Instrumento 144.834-2-PR, Rel. Min. Ilmar GALVÃO, juzgado en 16.03.1993 y el Agravo Regimental en Petición 11.140-7, Rel. Min. Sydney SANCHES, juzgado en 02.05.1996 (fuente: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)).

<sup>1150</sup> André Ramos TAVARES critica la posición del STF; entiende que la norma tenía aplicabilidad inmediata, no dependiendo necesariamente de la edición de ley que viniese a reglamentarla (in *Tratado da Arguição de preceito fundamental*, Saraiva, São Paulo, 2001, pp. 92-101).

<sup>1151</sup> La íntegra de la ley 9.882/99 ha sido impugnada en la ADInMC 2.231-8, Rel. Min. Neri da SILVEIRA (fuente: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)).

o reparar lesión a precepto fundamental, resultante de acto del Poder Público”. Se tiene aquí, por lo tanto, una ***acción directa, autónoma, preventiva o represiva***.

Se ha notado que el legislador ordinario ha evitado emplear el término *decurrente*, expreso en la Constitución, con el que hubiera pretendido restringir el alcance de la vía procesal<sup>1152</sup>. El intento es inútil por la sencilla razón de que el legislador ordinario, aunque este autorizado a regular por ley la forma de la acción procesal, no posee delegación constitucional para disminuir el espectro del parámetro de control que la propia Constitución hubiera fijado.

Se habla de disminución del parámetro de control porque la ley, al no mencionar preceptos fundamentales *decurrentes* de la Constitución, intentaría limitar la posibilidad de la acción sólo ante a parámetros escritos, lo que impediría, incluso, que por medio de la ADPF se pudiese controlar la constitucionalidad o compatibilidad de un acto frente a un precepto fundamental inscrito en un tratado internacional de derechos humanos del que el Brasil sea parte (Art. 5º, par. 2º, CF), lo que afrontaría el sentido inequívoco de la Constitución.

Pero, por otro lado, como una verdadera paradoja podría entresacarse otro resultado del enunciado legal: ***la ampliación del espectro del parámetro de control*** en la medida que, no refiriéndose la ley al término *decurrente*, pero diciendo que la acción tiene el objetivo de evitar o reparar lesión a *precepto fundamental*, sin más, hubiera admitido a control acto del poder público que vulnere cualquier precepto fundamental y no sólo los que fuesen derivados del sistema y del régimen político-constitucional.

Puede parecer muy imaginativa tal conclusión. Pero no puede negarse que decir ***preceptos fundamentales*** no es lo mismo que decir ***preceptos fundamentales decurrentes***<sup>1153</sup>. En relación a éstos últimos se podría aplicar una interpretación restrictiva según la cual sólo preceptos no escritos, que se deduzcan del espíritu, de los valores supremos plasmados en la Constitución, podrían servir de parámetro de control, y no los demás preceptos fundamentales ya explícitos en el texto constitucional.

Como son muchos los preceptos fundamentales escritos en nuestra analítica Constitución, la identificación del parámetro de control no requeriría mucho esfuerzo hermenéutico, ya que son perfectamente conocidos en el ordenamiento jurídico-constitucional. Pero los preceptos fundamentales *decurrentes*, como algo que deviene implícito en el texto de la Constitución, tendrían que demandar una construcción, un cierto esfuerzo hermenéutico del intérprete para desvelar su contenido. Esta última visión restringiría el alcance de la acción<sup>1154</sup>.

Así, nos parece que la opción del legislador al suprimir el término *decurrente* puede ser compatibilizada con una interpretación conformadora en el sentido de admitirse como parámetro de control todo precepto fundamental, dado que, siendo nota característica

<sup>1152</sup> Ha dicho Oscar Vilhena VIEIRA, “no se trata, evidentemente, de simples olvidos, sino de una forma de restringir la voluntad constituyente. El término *decurrente* parece claramente indicar que los preceptos en cuestión no son aquéllos expresados en el cuerpo de la Constitución, pues para ello ya existen otros instrumentos procesales, sino aquéllos por ella admitidos o incorporados, como *decurrentes* (in *Supremo tribunal federal, jurisprudencia política*, p. 132).

<sup>1153</sup> Si algo es *decurrente* de algo, hay una relación de derivación de un término a otro, una implicación, consecuencia o subsidiariedad. Luego, el que deriva –como el hijo del padre– no puede ser idéntico, aunque pueda ser muy semejante a aquél de que es derivado.

<sup>1154</sup> Es bastante evidente que, si no se tiene claro el concepto del parámetro de control, habría una tendencia en los autores a no plantear la acción de control y, por otro lado, el órgano de control asumiría un espacio discrecional muy amplio en la tarea de recortar la cabida de la acción a supuestos muy restrictos, en la actividad que suele llamarse *jurisprudencia defensiva*, muy frecuente en el STF.

y esencial la *fundamentalidad* del precepto, lo que debe protegerse es la manutención de un núcleo de materias consideradas transcendentales en el ordenamiento jurídico-constitucional en un sentido real, y no solo nominal.

El mismo artículo 1º, párrafo único, en su inciso ha previsto: “Cabrán también acción de incumplimiento de precepto fundamental cuando fuere relevante el fundamento de la controversia constitucional sobre ley o acto normativo federal, estadual o municipal, incluidos los anteriores a la Constitución”, combinado con el Art. 6º, par. 1º de la ley 9.882/99, que establece: “Se considerará necesario, podrá el relator oír las partes en los procesos que dieron causa a la acción, requisar informaciones adicionales, designar perito o comisión de peritos para que emita parecer sobre la cuestión, o, incluso, fijar fecha para declaraciones, en audiencia pública, de personas con experiencia y autoridad en la materia”.

Frente al desdoblamiento legal se han visto dos distintas modalidades de acción. Sin embargo, no parece válido distinguir los tipos como vías distintas de planteamiento del control, es decir, una vía autónoma y otra incidental. En realidad, la forma de interposición de la acción ante el STF por los legitimados *es siempre directa*; en la primera hipótesis la acción es *incondicionada* y en la segunda la condición es que haya *controversia constitucional* relevante sobre la aplicación de ley o acto normativo federal, estadual o municipal, incluidos los anteriores a la Constitución.

Si la presencia de previa controversia constitucional parece entrañar un elemento de control concreto<sup>1155</sup>, lo cierto es que tanto en una como en otra situación se accede directamente al Supremo Tribunal Federal que apreciará la materia en vía principal<sup>1156</sup> y en juicio abstracto<sup>1157</sup>, y aunque la decisión pueda afectar a intereses concretos de las partes en la acción, ya que la sentencia afectará a todos los procesos judiciales en curso, no se cuida propiamente de cuestión *“incidente”*, tal como ocurre en la cuestión de inconstitucionalidad del derecho español<sup>1158</sup>, italiano<sup>1159</sup> y alemán<sup>1160</sup>.

Esta forma de control concentrado es el resultado de una especie de *fusión* en un único proceso de materias hasta ahora pasibles de control en vías judiciales autónomas

---

<sup>1155</sup> Este elemento de control concreto es reflejado en la dialéctica de la interpretación constitucional del acto sobre el que se instaló la controversia. Sólo en tal sentido se puede hablar de “elemento de control concreto” como simple causa para pedir mediata de la acción, ya que no hay una articulación entre jurisdicción difusa y concentrada, sino solamente una modalidad de jurisdicción de control concentrado.

<sup>1156</sup> No se puede hablar de incidente, pues éste implica necesariamente una decisión preliminar y prejudicial para el mérito de la acción principal, guardando ambos términos una relación de prejudicialidad (Cfr. TAVARES, André Ramos, in *Tratado da Arguição de preceito fundamental*, p. 394).

<sup>1157</sup> El juicio sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto impugnado sigue siendo abstracto, pese la controversia, porque lo que debe preponderar es la solución que mejor preserve la supremacía de la Constitución, aunque, desde un punto de vista subjetivo, pueda ser ocasionalmente injusta esta solución.

<sup>1158</sup> La cuestión de inconstitucionalidad del derecho español posee naturaleza jurídica de prejudicial; surge en un proceso no constitucional, en el juicio ordinario, es planteada por el juez competente, generando la suspensión del proceso y su solución queda desplazada a la jurisdicción constitucional (Art. 163, CE y Art. 35.1, LOTC).

<sup>1159</sup> En Italia la llamada “auto-remisión”, también nace en el seno de un proceso judicial, por medio de que el juez, al someter la cuestión de legitimidad al Tribunal Constitucional, suspende el proceso, surgiendo, conforme entiende la doctrina italiana, una “prejudicialidad constitucional” (Art. 23, nº 87, de la ley de 11 de marzo de 1953, Cfr. TAVARES, André Ramos, ob. cit. p. 58).

<sup>1160</sup> En Alemania, cuando un Tribunal considera inconstitucional una ley de cuya validez dependa la decisión, tendrá que suspender el proceso y someter la cuestión a la decisión del Tribunal estadual competente en asuntos constitucionales, si la posible violación se hace frente a la Constitución de un *Land* o al Tribunal Constitucional Federal, cuando se trate de violación de la Ley Fundamental (Art.100, I, LF) (Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, in *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 18).

–el control abstracto/concentrado y directo al STF y el control difuso/concreto y indirecto-<sup>1161</sup>, clara manifestación del intento de llevar rápidamente al conocimiento de la Corte Suprema relevantes cuestiones constitucionales que pudieran representar vulneración de precepto fundamental, buscando solucionar con antelación la incertidumbre, incluso la instalada en procesos judiciales, cuya sentencia tendrá eficacia *erga omnes* y efecto vinculante para todos los órganos del Poder Público<sup>1162</sup>.

Fundamentalmente, el mecanismo se asienta en las exigencias de **racionalidad, economía y efectividad jurisdiccional**. El dato significativo de esta fusión en los modos de control –que versa sobre un vasto material jurídico- es la amalgama que se puede producir en el juicio –en caso de acción condicionada, llamada “incidental”- en una única Corte Constitucional<sup>1163</sup>, vinculado a un tipo específico y más estricto de parámetro constitucional.

Se manifiesta, a su traves, una positivación constitucional de la tendencia, ya señalada en este estudio, de priorizar en un Tribunal o Corte Constitucional el control concentrado de constitucionalidad con eficacia *erga omnes* y efecto vinculante, con el fin de reducir considerablemente la inseguridad notable derivada de divergentes decisiones judiciales sobre temas fundamentales, lo que en el caso brasileño se conoce por sugestiva expresión “guerra de liminares”.

## 2) Presupuesto esencial

El presupuesto esencial para el planteamiento de la acción es el incumplimiento de *precepto fundamental*, expresiones que ni la Constitución, ni la ley han definido, remitiendo a la doctrina y a la jurisprudencia su concreción. Por tratarse de un concepto indeterminado, involucra alto tenor axiológico en su definición.

En una primera aproximación se tendría que definir el término incumplimiento o –entre nosotros- *descumprimento*, sin confundirlo con la noción de inconstitucionalidad *lato sensu*. En la técnica jurídica el término cumplimiento significa satisfacer o ejecutar algo, y su opuesto, por tanto, es la no satisfacción o no ejecución, desviándose de aquello que se prescribe<sup>1164</sup>.

En derecho constitucional la esencia del concepto no es diferente. El cumplimiento es dar satisfacción a lo que es impuesto por una norma constitucional, por lo que el incumplimiento se revela por la práctica de actos o comportamientos disconformes al mandamiento constitucional<sup>1165</sup>.

---

<sup>1161</sup> Al contrario que la cuestión de inconstitucionalidad, que es un incidente, la ADPF es proceso autónomo, aunque la controversia constitucional pueda surgir, como causa, en procesos jurisdiccionales.

<sup>1162</sup> Recuérdese que el único instrumento procesal capaz de hacer llegar al STF una decisión proferida en el control difuso de constitucionalidad que tenemos es el Recurso Extraordinario, proceso de naturaleza subjetiva que sólo puede ser accionado por el interesado y tras el agotamiento de las instancias ordinarias, y la sentencia en él proferida no tiene eficacia *erga omnes*. Desde un punto de vista instrumental, tanto la ADC como la ADPF pueden sustituir buena parte de materias del control difuso, pero la ADPF tiene mucho más eficacia en este intento de aproximación a los modos de control, ya que incorpora en su objeto el derecho municipal e incluso el derecho preconstitucional.

<sup>1163</sup> Se habla de Corte Constitucional en el sentido material, pues, como se sabe, el STF no es, de derecho, Corte Constitucional, pero detiene hoy casi todas las funciones de los Tribunales Constitucionales europeos, específicamente en lo que se refiere al control de constitucionalidad.

<sup>1164</sup> Cfr. TAVARES, André Ramos, *In Tratado da arguição de descumprimento de precepto fundamental*, p. 165.

<sup>1165</sup> Ídem, p. 165.

Luego, conforme señala André Ramos Tavares, el incumplimiento es más que la no observancia; incluye igualmente la no ejecución; esto significa, básicamente, que para que pueda haber un incumplimiento se “requiere un parámetro impositivo para de él extraer la noción de incumplimiento en una operación mental en que se comparan dos comportamientos o normas: una, el parámetro, otra, el objeto del análisis. Además, solo habrá posibilidad de control de eventual incumplimiento, por medio de acciones judiciales, cuando determinados actos y comportamientos estén vinculados al cumplimiento de determinadas prescripciones”<sup>1166</sup>.

En relación al alcance de la expresión *precepto fundamental*, es decir, si en él se comprende sólo los principios y no las reglas constitucionales, el significado de lo que es fundamental exigido por la Constitución es una cuestión que, ciertamente, producirá –y ha producido– buenas páginas en la jurisprudencia y en la doctrina especializada.

Pero, desde luego, nos parece muy adecuada la doctrina de André Ramos Tavares cuando sostiene, en relación a la primera cuestión que: a) el término *precepto* no se identifica con el mero principio, ni tampoco con la mera regla, pero sí que debe tomarse como norma constitucional, y, en relación a la segunda; b) que la expresión *preceptos fundamentales* traduce, lo que es imprescindible, basilar o irrecusable, más precisamente, radica en la suma entre, por una parte, parcela de los principios<sup>1167</sup> constitucionales (ya que no todos son preceptos fundamentales), así como, por otra parte, reglas cardinales de un sistema constitucional, constituidas esencialmente, por un conjunto normativo asegurador de derechos humanos<sup>1168</sup>.

El autor muestra que el término “precepto fundamental” en el Art. 102, par. 1º de la Constitución es la única referencia utilizada en todo el texto y que su significado, a partir del significado jurídico de precepto como comando o mandamiento, se encuentra tanto en reglas como en principios. Concluye diciendo no ser compatible con la finalidad de la acción una interpretación tímida, lo que equivaldría a una incongruencia de la propia Constitución, pues en tal caso habría instituido mecanismo específico de respeto a su jerarquía, pero sólo en uno de sus seguimientos: los principios<sup>1169</sup>.

José Afonso da Silva, de igual manera advierte que *preceptos fundamentales* no es expresión sinónima de principios constitucionales; es más amplia abarcando a éstos y todas las prescripciones que dan sentido básico al régimen constitucional, como son, por

---

<sup>1166</sup> Ídem, p. 166.

<sup>1167</sup> El autor trae a la cita la insuperable definición de principio de CRISAFULLI: “Principio es, de hecho, toda norma jurídica, mientras sea considerada como determinante de una u otras más, subordinadas, que la presupongan desarrollada y especificándole ulteriormente el precepto en dirección más particular. Y se llama por antonomasia principios generales a aquellos comunes a una serie numerosa de normas particulares (menos generales), las cuales determinan, y, por tanto, resumen potencialmente, el contenido: son, pues, éstas, efectivamente puestas, siendo también, al contrario, derivadas del respectivo principio general que las contiene” (CRISAFULLI, *La constituzione e le sue disposizioni di principio*, apud TAVARES, André Ramos, in *Tratado da Arguição de precepto fundamental*, pp. 152-153).

<sup>1168</sup> Afirma el autor no haber contradicción entre el postulado de la unidad de la Constitución y el asumir como fundamentales algunas normas en relación a otras. Señala, en cita a Raúl CANOSA USERA: “la unidad no comporta absoluta asimilación igualitaria entre todos los enunciados constitucionales, pero sí su imperiosa obligación de que todos sean efectivos”. Sin embargo, aleja la posibilidad de que precepto fundamental sea toda y cualquier norma contenida en la Constitución, pues de ser así la Constitución hubiera sido redundante, y es de buena hermenéutica garantizar la relevancia de cada palabra constitucionalmente empleada, no pudiéndose pretender puramente ignorar la letra de la Constitución para construir un significado de modo arbitrario (ob. cit. p. 120-122).

<sup>1169</sup> Ob. cit. pp. 118-120.



ejemplo, las que apuntan a la autonomía de los Estados, del Distrito Federal y especialmente las designativas de los derechos y garantías individuales<sup>1170</sup>.

De hecho, hay que recordar que la propia noción de lo que es *fundamental* conduce, en una interpretación finalista y sistemática, a superar la idea de que todo principio constitucional, por el mero hecho de serlo, sería fundamental. Tenemos que convenir que los principios tienen distintas potencialidades y que, para el alcance del concepto, hay que partir de la determinación del ámbito de incidencia de cada principio y avanzar en dirección a aquellos preceptos que se impregnan de *valores trascendentes*, que tienen aplicación no solo en ciertos sectores del ordenamiento, sino en la totalidad del ordenamiento constitucional, es decir, principios como valores fundamentales, que gobiernan la Constitución, el régimen, el orden jurídico<sup>1171</sup>.

Sólo así podría llegarse a un concepto capaz de traducir la dignidad de precepto fundamental extremándolo de otros principios y reglas de menor densidad.

Menos seguridad todavía habrá en determinar el contenido de lo que sea precepto fundamental *decurrente de esta Constitución*. Por supuesto que la Constitución no ha pretendido referirse sólo a preceptos expresos, escritos en la Carta, sino también a otros *preceptos fundamentales implícitos*, que de ella derivan según una interpretación razonable del sistema constitucional vigente. De no ser así, esto es, caso se entendiese que sólo preceptos escritos podrían ser fundamentales, no haría sentido alguna la expresión *decurrentes*.

Entre ellos podrían considerarse dos tipos de principios, como ámbitos o sectores donde se ubicarían las cuestiones sobre lo que son preceptos fundamentales *decurrentes* de la Constitución: el principio de la *unidad* y el principio de la *eternidad*, éste último representado por las llamadas cláusulas pétreas, donde se insertan el principio federativo, la separación de Poderes, el voto directo, secreto, universal y periódico y los derechos y garantías individuales.

En este campo –*un núcleo constitucional inmodificable*– es donde, nos parece, podrán configurar la mayor virtualidad del instrumento y los mayores problemas de interpretación, ante la apertura que tales principios involucran, imponiendo la necesidad ya sentida de llegar a un equilibrio en el que se evite, por una parte, la petrificación del orden constitucional y, por otra, la disminución de la dignidad de tales principios.

El gran desafío es promover la fuerza normativa de los principios merecedores de esta protección de eternidad, tomándoselos con el fin de identificar su contenido y extensión, en correlación con todos los otros principios constitucionales, como algo valioso y capaz de regir los destinos de la Nación sin menoscabar la necesidad de respeto a límites materiales inscritos en el sistema constitucional.

Partiendo del texto de la Carta Política es posible identificar un núcleo de normas constitucionales materiales que se inserten en este parámetro del control. En tal clase están, innegablemente, *los fundamentos y objetivos de la República*, así como las decisiones políticas estructurantes, todos agrupados bajo la designación general de principios fundamentales, objeto del Título I de la Constitución (arts. 1º a 4º). También *los derechos fundamentales* se incluyen en esta categoría, lo que incluiría los individuales, colectivos, políticos y sociales (arts. 5º y s.). Deben acrecentarse aún, como hemos dicho, las normas que se acogen en las *cláusulas pétreas* (Art. 60, par. 4º) o que de ellas derivan

---

<sup>1170</sup> *Curso de direito constitucional positivo*, 16ª ed., Malheiros, São Paulo, 1999, p. 559.

<sup>1171</sup> Cfr. BONAVIDES, Paulo, in *Curso de derecho constitucional*, p. 230.

directamente. Y, por fin, *los principios constitucionales llamados sensibles* (Art. 34, VII), que son aquellos los que por su relevancia dan pie a la intervención federal<sup>1172</sup>.

En este ámbito podrían integrarse, ciertamente, como verdaderos preceptos, los principios u orientaciones consolidadas por el Supremo Tribunal Federal, sobre el modo de interpretación de los principios y derechos fundamentales, tales como el principio de la razonabilidad que, segundo el Ministro Sepúlveda Pertence es, en ciertos casos, derivado del principio de la igualdad<sup>1173</sup>, o el principio de la proporcionalidad que, según el Ministro Moreira Alves estaría implícito en el principio del debido proceso legal<sup>1174</sup>, o los principios democráticos, de seguridad jurídica, de la prohibición del retroceso, etc. Tales principios podrían funcionar como *pautas de valoración* de las concretas situaciones enjuiciadas, con el fin de identificar una lesión constitucional digna de tenerse como incumplimiento de precepto fundamental<sup>1175</sup>.

De cualquier modo, puede advertirse que en este campo estarán las mayores incertidumbres, no se pudiendo incluso rechazar que preceptos desarrollados en ley Infra-constitucional puedan ser considerados fundamentales si confieren densidad normativa o significado específico a principios fundamentales<sup>1176</sup>. Es decir, el STF podría tomar la propia ley ordinaria como refuerzo argumental para determinar el precepto fundamental *decurrente* de la Constitución, confiriendo con ello mayor dignidad al llamado *bloque de constitucionalidad*.

Solo el desarrollo dinámico de este instrumento por esfuerzo hermenéutico sistemático podrá desvelar todo su potencial. Es el estudio del orden constitucional en su contexto normativo y en sus relaciones de interdependencia –enseña Gilmar Ferreira Mendes– lo que permite identificar las disposiciones esenciales para la preservación de los principios basales de los preceptos fundamentales en determinado sistema<sup>1177</sup>.

Este contexto normativo, sin duda, presupone los valores políticos fundamentales que se incorporan en la Constitución Federal<sup>1178</sup>, y se caracteriza por

---

<sup>1172</sup> Esto lo sostiene Luis Roberto BARROSO (in *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 250).

<sup>1173</sup> ADIn 1.040-9-DF, Medida Liminar, Rel. Min. Néri da SILVEIRA, j. 9 de marzo de 1994, cfr. TAVARES, André Ramos, ob. cit. p. 159.

<sup>1174</sup> ADIn 958, Rel. Min. MARCO AURELIO, DJ 16 de mayo de 1994, p. 11675, cfr. TAVARES, André Ramos, ob. cit. 160.

<sup>1175</sup> Ello tendría particular aplicación en los supuestos de controversia constitucional (Art. 1º, par. único, I, de la ley 9.882/99), en la cual es de la interpretación que se hace de la norma que puede resultar en incumplimiento de precepto fundamental. En ciertas situaciones, los principios de la razonabilidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, prohibición de exceso o prohibición del retroceso, funcionan como métodos o técnicas de interpretación que sirven para tutelar valores y preceptos fundamentales. Pero, en otras, ellos mismos pueden asumir la condición sustancial de preceptos fundamentales no escritos.

<sup>1176</sup> En el tema de derechos fundamentales, por ejemplo, es propio que el derecho infra-constitucional confiera densidad normativa a principios constitucionales, como los que se refieren a la vida, libertad y propiedad. Y, si el STF considera que tales normas son materialmente constitucionales, podrá tomárselas como refuerzo o parámetro adicional para el análisis acerca de la formación del parámetro, hecho que, en verdad, no es novedad en sus actividades, pues en la interpretación constitucional, como hemos mencionado, este refuerzo es algo frecuente. Gilmar Ferreira MENDES parece admitir explícitamente esa hipótesis cuando sostiene: “En esta línea de entendimiento, la lesión a precepto fundamental no se configurará sólo cuando se verifique posible afronta a un principio fundamental, tal como afirma el orden constitucional, sino también a disposiciones que confieran densidad normativa o significado específico a ese principio” (*A Arguição de descumprimento de precepto fundamental, in Processo nos tribunais superiores*, Marcelo Andrade FÉRES e Paulo Gustavo M. CARVALHO (orgs.), Saraiva, São Paulo, 2006, p.518)

<sup>1177</sup> Ob. cit. p. 517.

<sup>1178</sup> La Constitución brasileña, pese no contener cláusula semejante a la del Art. 1º, inciso I, de la Constitución Española, (“España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna

fundamentar materialmente todo el ordenamiento jurídico, imponiendo su observancia por los diversos sectores del mundo jurídico<sup>1179</sup>.

Tampoco puede olvidarse que, bajo una perspectiva de mutación constitucional por la dinámica social de los hechos y valores, el parámetro de la fundamentalidad de un precepto sufriría los influjos lógicos de la historia, lo que podría conferirle una cierta flexibilización o adaptabilidad al parámetro de control<sup>1180</sup>.

### 3) La cuestión de la subsidiariedad

El artículo 4º, par. 1º, de la ley 9.882/99 dispone que “no será admitida la acción de incumplimiento de precepto fundamental cuando hubiere cualquier otro medio eficaz para sanar la lesión”. La doctrina ha acentuado que el legislador ordinario, inspirado en el recurso constitucional alemán y en el recurso de amparo español, ha creado la llamada regla de la subsidiariedad<sup>1181</sup>.

Sobre el alcance de esta restricción no hay consenso hasta ahora en doctrina. Según una interpretación literal del dispositivo sería imposible el empleo de esta vía procesal siempre que por cualquier otra se pudiese impedir o sanar lesión a precepto fundamental, es decir, la acción directa de inconstitucionalidad, la acción declaratoria de constitucionalidad y hasta otros remedios o recursos individuales<sup>1182</sup>.

De esta manera, habría que buscar en primer lugar en el sistema todas las vías jurisdiccionales aptas para impedir o reparar la lesión a preceptos fundamentales para, sólo en el caso de que no hubiese remedio eficaz, se pusiese en marcha la acción. Ello llevaría al instituto a una posición subalterna, funcionando casi como una ficción, pues, habiendo sido creado para evitar o reparar lesión a preceptos tenidos como *fundamentales* en el orden jurídico-Constitucional, dejaría de cumplir su misión sencillamente porque habría otro medio jurisdiccional disponible en el sistema, independiente de que la reparación pudiera tardar un año o una década. Y ello no parece aceptable, si se considera que una de las principales –si no la principal– finalidad del instituto ha sido la *anticipación* de solución de controversias constitucionales.

Una interpretación opuesta niega a la ley la posibilidad de restringir el contenido de la acción, pues la Constitución no hubiera consentido que la voluntad

---

como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político), incorpora una extensa tabla de valores, a refiriéndose ellos a veces como fundamentos del Estado (Art. 1º), en otra parte como objetivos fundamentales de la República (Art. 3º), además de contemplar tantos otros valores de manera difusa (Cfr. TAVARES, ob. cit. p. 129).

<sup>1179</sup> Cfr. TAVARES, André Ramos, ob. cit. p. 246.

<sup>1180</sup> El conocimiento viene no sólo por la razón, sino también por la experiencia. Los conceptos jurídicos cambian con la historia concreta y pueden asumir distintos significados. La trayectoria de los derechos fundamentales, especialmente tras la Segunda Guerra, es la prueba viva de ello. Donde, saber lo que es fundamental para una nación es siempre conocer su historia, su desarrollo económico y social y su proyecto de vida a la luz de la Constitución.

<sup>1181</sup> Cfr. BARROSO, Luis Roberto, in *O controle da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 251.

<sup>1182</sup> El STF, en la ADPF 3-QO-CE, en la que fue relator el Ministro Sydney SANCHES, ha considerado no aplicable la acción por haber otros medios eficaces en el control difuso. (Cfr. Informativo STF, 189, mayo de 2000, fuente: “<http://www.stf.gov.br>”). En la ADPF 12, DJU, 26 de marzo de 2001, en la que fue relator el Ministro Ilmar GALVÃO, la Corte recusó el conocimiento de acción que tendría por objeto decisión del Presidente del STJ, por tratarse de decisión todavía pasible de recurso de agravio regimental que, incluso, hubiera sido empleado por el requirente y se hallaba esperando juicio (Cfr. BARROSO, Luis Roberto, in *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 253).

constitucional quedara subordinada a la voluntad del legislador ordinario<sup>1183</sup>. Sería realmente absurdo que se admitiese la acción sólo en aquellas hipótesis en las que el sistema, en el momento posterior en que vino la ley, no contase con otra medida para combatir la lesión, pues esta tesis sería contraria al sistema trazado en la Constitución<sup>1184</sup>.

Una afirmación tan tajante, sin embargo, no parece de recibo. Conforme recuerda Luis Roberto Barroso, “no es raro en el derecho brasileño la disciplina infra-constitucional de derechos y garantías constitucionales, a la vista de otras situaciones subjetivas igualmente protegidas y del interés público de manera general. Además de ello, la legislación ordinaria provee ampliamente acerca de otras acciones de base constitucional, de entre ellas el *mandado de segurança*, la acción popular y la acción civil pública, conteniendo reglas sobre cabimiento, decadencia del derecho, derecho de proposición, objeto, efectos de la decisión, entre otros aspectos que no son estrictamente procesales. Está claro, matiza, que la subsidiariedad sería ilegítima si fuera tomada en sentido literal radical, haciendo inútil la acción”<sup>1185</sup>.

Además de esta muy acertada observación, no parece aceptable decir que la ley ordinaria tuviese restringido el ámbito de la acción constitucional cuando hizo tal exigencia, especialmente si se tiene en cuenta que la naturaleza especial del parámetro de control y la propia naturaleza extraordinaria de la jurisdicción concentrada en la Corte Suprema no autorizan una interpretación que conduzca a la idea de que el constituyente ha creado un acceso incondicional al Tribunal Constitucional, desconociendo enteramente la existencia de otras acciones de control concentrado<sup>1186</sup> y el sistema difuso de control de constitucionalidad.

Frente a tales posiciones extremas, se há formado entre una visión ponderada y pragmática del principio de la subsidiariedad. Gilmar Ferreira Mendes ha presentado la siguiente opinión al respeto de la cuestión:

“A primera vista, podría parecer que solamente en la hipótesis de absoluta inexistencia de cualquier otro medio eficaz para alejar eventual lesión se podría emplear, de manera útil, la acción de incumplimiento de precepto fundamental. Es fácil ver que una lectura excesivamente literal de esa disposición, que intenta introducir entre nosotros el principio de la subsidiariedad vigente en el derecho alemán y español para el recurso constitucional y el recurso de amparo, respectivamente, acabaría por retirar de este instituto cualquier significado práctico.

Bajo una perspectiva estrictamente subjetiva, la acción solamente podría proponerse si ya hubiese ocurrido el agotamiento de todos los medios eficaces para alejar la lesión del ámbito judicial. Una lectura más cuidadosa viene a revelar, sin embargo, que en el análisis sobre la eficacia de la protección de precepto fundamental en este proceso debe predominar un enfoque objetivo o de protección del orden constitucional objetivo. En otros términos, el principio de la subsidiariedad –inexistencia de otro medio eficaz de sanar

---

<sup>1183</sup> En este sentido, SILVA, José Afonso da, in *Comentarios de acórdão, Cadernos de soluções constitucionais*, n. 1, 2003, pp. 257-60.

<sup>1184</sup> Es la posición vehemente de André Ramos TAVARES, para quien la acción es medida tan primordial o principal como la acción directa de inconstitucionalidad –o hasta de relevancia superior si se quiere-. Es en el propio artículo 102 de la Constitución donde se encuentra la regla matriz tanto de la acción como de la acción directa, ambas presentes en el texto original de la Constitución de 1.988 (*Tratado da Arguição de descumprimento de precepto fundamental*, p. 240).

<sup>1185</sup> *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 252.

<sup>1186</sup> Bastaría con observar la propia posición topográfica del instituto en la Constitución Federal, es decir, como última de las vías procesales de control concentrado, tras la ADIn, ADC y Acción de Inconstitucionalidad por Omisión, para refutar la hipótesis aventada en el texto.

la lesión – contenido en el Art. 4º, par. 1º, de la Ley nº 9.882/99, debe ser comprendido en el contexto del orden constitucional global.

En este sentido, si se considera el carácter enfáticamente objetivo del instituto (el que resulta incluso de la legitimación activa), parece ser medio eficaz para sanar la lesión aquél apto para solventar la controversia constitucional relevante, de forma amplia, general e inmediata”.

Tras argumentar que en el derecho alemán la Corte Constitucional puede decidir de inmediato un recurso constitucional si considera que la cuestión es de interés general o si queda demostrado que el requeriente podría sufrir grave lesión en caso de que fuera a las vías ordinarias, y que en el derecho español, pese el dispuesto en el Art. 44, I, LOTC, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que, para los fines de agotamiento de las instancias ordinarias, “no es necesaria la interposición de todos los recursos posibles, sino de todos los razonablemente útiles”, presenta conclusión en el sentido de que la ADPF tendrá cabida en supuestos en los que no sea aplicable la acción directa de inconstitucionalidad o de constitucionalidad, esto es, no verificándose medio apto para solucionar la controversia constitucional relevante de forma amplia, general e inmediata<sup>1187</sup>.

De hecho, ésta parece ser la mejor solución para el problema, pues de acuerdo con ella se excluye la utilización de la ADPF sobre un ámbito de materias que pueden ser controladas por las acciones procesales de naturaleza objetiva disponibles en el ordenamiento, lo que permite el mismo grado de eficacia y rapidez, reservándose la acción de incumplimiento a supuestos en los que no haya otros medios con eficacia idéntica, necesarios para alcanzar con rapidez los resultados que la Constitución quiere asegurar<sup>1188</sup>.

En síntesis, no siendo aplicable la acción directa de inconstitucionalidad o declaratoria de constitucionalidad, por tratarse, por ejemplo, de control relativo a derecho preconstitucional, norma municipal frente a la Constitución Federal, disposición

---

<sup>1187</sup> *A arguição de descumprimento de precepto fundamental, in Processos nos tribunais superiores*, Marcelo Andrade FERES y Paulo Gustavo M. CARVALHO, (orgs.), Saraiva, São Paulo, 2006, pp. 511-512. Juliano Taveira BERNARDES, contrariando tal entendimiento y partiendo de la premisa de que la ley exige prueba de *lesión concreta* en la acción autónoma, sostiene que el medio eficaz que cuida del principio de subsidiariedad sólo puede ser aquél capaz de remover lesión también concreta, por lo que no sería adecuado entender que tal requisito se refiriese a los medios disponibles en el control abstracto. Para el autor, la ley impuso no sólo una condición específica para la acción autónoma e “incidental”, sino un límite a la competencia del STF, impidiéndole interferir en cuestiones todavía susceptibles de examen en juicios inferiores. Refuerza el argumento diciendo que el legislador brasileño, a diferencia del alemán, ha optado por regular la acción autónoma de manera aproximada al derecho español (Ob. cit. pp. 108-109). No compartimos la tesis: en primer lugar porque la “prueba de violación del precepto fundamental” (Art. 3º, III) solo puede entenderse como la que deriva de la argumentación, de los fundamentos jurídicos del pedido, en correlación con la indicación del precepto fundamental y el acto impugnado. En segundo lugar porque, en nuestro sistema, aunque pueda haberse configurado ya la lesión concreta, no sólo abstracta, nada impide que los legitimados utilicen acciones procesales de control abstracto para la protección del mismo parámetro constitucional. Por fin, la ley, en su Art. 4º, par. 1º, no cuida, propiamente, del agotamiento de la *vía judicial*, tal como ocurre en el derecho español (Art. 44, LOTC), sino que, al prever “cualquier otro medio eficaz de sanar la lesividad”, no excluye que medidas políticas y administrativas también pudieran ser eficaces. De ahí la impertinencia de hablar de agotamiento de los medios judiciales como condición de la acción.

<sup>1188</sup> Debe observarse que esa interpretación pone el acento, no en el parámetro de control, que en la ADPF es específico, sino en el objeto, en las materias pasibles de control. Con ello, asienta la idea de que la acción de incumplimiento de precepto fundamental es complementar en relación a los demás instrumentos de control concentrado de constitucionalidad.

reglamentar o ley pos-constitucional ya revocada, debe admitirse la ADPF. Por otro lado, si cupiere una de aquellas acciones, no será posible el enjuiciamiento de la acción<sup>1189</sup>.

De acuerdo con este punto de vista, que acentúa el enfoque objetivo en la interpretación del principio de subsidiariedad, la simple posibilidad de proposición de acciones de naturaleza subjetiva o la cabida de recursos procesales no constituyen, *per se*, impedimento a la acción, si aquellas medidas no fueran idóneas para producir solución inmediata y amplia, en las hipótesis de que el interés público relevante o la seguridad jurídica así lo exigieran<sup>1190</sup>.

En este punto cabe una observación: el hecho de ser admisible una vía de control, por ejemplo la acción directa de inconstitucionalidad en impugnación de acto normativo federal vigente, no impide el uso de la ADPF *si el parámetro de control es precepto fundamental decurrente de la Constitución*. Ello porque no es sólo el objeto de la acción el que debe determinar la posibilidad de su empleo, sino también y especialmente su parámetro de control, es decir: si el acto impugnado afronta un precepto fundamental, aunque en principio pueda admitirse una ADIn sobre aquel objeto, en rigor técnico lo que pasa a ser aplicable es la ADPF.

El carácter subsidiario de la acción, por tanto, sólo puede admitirse por referencia a su objeto en correlación lógica con su parámetro específico. Y, dado que su espectro es mucho más amplio, sumado a la calidad especial de su parámetro, puede decirse que en el sistema de control brasileño las demás especies de acciones procesales podrían considerarse subsidiarias en relación a la ADPF, visto que poseen objetos más específicos y parámetro constitucional común<sup>1191</sup>.

El Ministro Celso de Mello, en la ADPF 17, ha sentado una doctrina que centra con mucho equilibrio la cuestión, traduciendo el pensamiento de la doctrina mayoritaria. Dice: “Está claro que la mera posibilidad de utilización de otros medios procesales no basta, por sí sola, para justificar la invocación del principio de subsidiariedad, pues, para que este postulado pueda legítimamente incidir, se revelará esencial que los instrumentos disponibles se muestren aptos para reparar, de modo eficaz, la lesión. Esto significa, por tanto, que el principio de la subsidiariedad no puede –y no debe– ser invocado para impedir el ejercicio de la acción constitucional de acción de incumplimiento de precepto fundamental, ya que este instrumento está volcado en hacer viable, en una dimensión estrictamente objetiva, la realización jurisdiccional de derechos básicos, de valores esenciales y de preceptos fundamentales contemplados en el texto de la Constitución de la República”.

Si así no se entendiera – prosigue-, la indebida aplicación del principio de la subsidiariedad podría afectar a la utilización de esa relevantísima acción de índole constitucional, lo que representaría, en último análisis, la inaceptable frustración del sistema de protección, instituido en la Carta Política, de valores esenciales, de preceptos

---

<sup>1189</sup> Cfr. BARROSO, Luis Roberto, in *O controle da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 255.

<sup>1190</sup> Ídem, p. 255.

<sup>1191</sup> Es muy pertinente la observación de TAVARES al respecto: “Ya la acción de incumplimiento de precepto fundamental ocupa su posición específica en el sistema constitucional. Y el legislador no podría pretender negarle esa situación constitucionalmente delineada. Su cabida está predeterminado por la Constitución, con lo que ésta ha forzado los anteriores contornos del campo específico de la acción directa, tal como estaba previsto hasta el advenimiento de la Constitución de 88”. Esto quiere decir, de manera sencilla, que a partir de ahora tenemos que asimilar el control de constitucionalidad a partir de la ADPF para las demás acciones procesales, ella en el centro, las otras de manera residual, a la imagen de círculos concéntricos, en la cual el círculo mayor le pertenece.

fundamentales y de derechos básicos, con grave comprometimiento de la propia efectividad de la Constitución”<sup>1192</sup>.

El punto de equilibrio parece estar, por tanto, en la idea de eficacia, traducida en los siguientes términos: no admitirse a trámite la ADPF si otros medios de control abstracto y concentrado son adecuados y admitirla siempre que sea la única forma apta a hacer cumplir, con antelación necesaria, precepto fundamental<sup>1193</sup>.

A modo de conclusión en este asunto, nos parece muy correcta la observación de Luis Roberto Barroso al decir que de prevalecer la línea restrictiva inicialmente adoptada por el Supremo Tribunal, la ADPF tendría un papel marginal y sin gloria, pues difícilmente dejaría de haber en el arsenal de control concentrado o difuso la posibilidad, en teoría, de utilizarse alguna acción o recurso contra el acto a ser cuestionado. Y la demora inevitable en el agotamiento de todas las otras vías compromete, naturalmente, los objetivos buscados por la acción, entre ellos el de evitar la incertidumbre provocada por decisiones contradictorias y el de promocionar la seguridad jurídica<sup>1194</sup>.

Una nota final a este apartado: pese el Art. 4º, par. 1º de la ley no hacer ninguna excepción, sólo puede exigirse el requisito de la *subsidiariedad*, de acuerdo con una interpretación finalista, en caso de acción fundada en el artículo 1º, ya que para la llamada modalidad incidental, que posee objeto más preciso, lo que se exige es tan solo la condición de *relevancia de la controversia constitucional* y, si fuere el caso, de la controversia judicial<sup>1195</sup>.

#### 4) Relevancia del fundamento de la controversia constitucional

La ley, en su artículo 1º, párrafo único, inciso I, ha dicho que “cabrá también acción de incumplimiento de precepto fundamental cuando fuere *relevante* el fundamento de la controversia constitucional sobre ley o acto normativo federal, estatal o municipal, incluidos los anteriores a la Constitución”. Desprende del enunciado, por tanto, dos condicionantes para el planteamiento de la acción: la relevancia de la controversia constitucional y que esa controversia se establezca sobre actos normativos procedentes de la esfera federal, estadual o municipal, admitidos también los actos preconstitucionales.

Es evidente que toda cuestión constitucional es relevante para el orden jurídico. Pero la relevancia, a efectos de permitir el empleo de una acción constitucional que busca sancionar el incumplimiento de preceptos fundamentales, es la que incide sobre cuestión

<sup>1192</sup> In ADPF 17, DJU, 28 set. 2001, fuente: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>1193</sup> En la ADPF 33-MC, Rel. Ministro Gilmar MENDES, DJ 06.08.2004, el STF reafirmó esa posición, flexibilizando el requisito de la subsidiariedad, a raíz de la naturaleza objetiva del proceso y de la inexistencia de otro medio eficaz.

<sup>1194</sup> *O controle da constitucionalidade no direito brasileiro*, pp. 253-254.

<sup>1195</sup> Bien ha captado esta distinción Juliano Taveira BERNARDES cuando, hablando sobre la presunción de concreta lesión a precepto fundamental, hecha por la ley en relación a la acción autónoma, y la dispensa de comprobación de lesión en la acción incidental, ha sostenido que el principio de subsidiariedad sólo debe ser observado en relación a la ADPF autónoma. Es así que la disciplina legal de la ADPF incidental no hace ninguna referencia a la comprobación de la presencia de lesión concreta advenida de la controversia judicial. (Ob. cit. p. 101). La conclusión del autor parece tan cierta que, si la ley ha dicho que “cabrá también acción de incumplimiento de precepto fundamental cuando fuere relevante el fundamento de la controversia constitucional...” (Art. 1º, párrafo único, I), es por haber considerado que en esta modalidad la relevancia no debe quedar presupuesta, tal como ocurre en la modalidad autónoma, debiendo ser demostrada. Luego, si el STF considera relevante la controversia constitucional es porque hay riesgo de lesión o incumplimiento de precepto fundamental y, entonces, no parece adecuado exigir que el autor vaya primero a las instancias inferiores de la Justicia para sólo después poder plantear la ADPF.

constitucional que envuelva *intereses generales de la sociedad*, un interés público, que trascienda el mero interés concreto de los legitimados o de personas en particular.

El concepto de relevancia entraña alto tenor de vaguedad o indeterminación que la ley no ha querido rellenar. Con ello, su contenido queda desplazado a la concreción por parte de la doctrina y de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal. Este tribunal posee una doctrina antigua sobre dicho tema, a partir del reglamento puesto en su Regimiento Interno, que ofrece balizamientos para la reconstrucción del significado jurídico de esa condición.

En el derecho anterior, cuando la Constitución atribuía al STF competencia para legislar sobre reglas de admisión del recurso extraordinario<sup>1196</sup>, aquella Corte inicialmente restringió significativamente el conocimiento del recurso, exceptuando sólo la exigencia de relevancia en los casos de “ofensa a la Constitución y manifiesta divergencia con Súpula del Supremo Tribunal Federal. En los demás casos del artículo 325, incisos I a IX, del Art. 325 del RISTF, la relevancia era necesaria. Pero, posteriormente, con la reforma introducida por la Enmienda Regimental 2 en 1985, el tribunal pasó a indicar los casos en los que sería aplicable el recurso, con lo que la parte podía demostrar la relevancia y obtener el trámite del recurso.

Se trataba de una condición o requisito específico destinado a coartar el recurso, posibilitando su rechazo igualmente en casos de violación de la Constitución<sup>1197</sup>. Es decir, como el recurso extraordinario solo podía admitirse de manera excepcional, la relevancia funcionaba como poderosa barrera para su ingreso<sup>1198</sup>.

El actual Regimiento Interno del STF prescribe en su Art. 327: “Se entiende relevante la cuestión federal que, por sus reflejos en el orden jurídico, y considerados los aspectos morales, económicos, políticos o sociales de la causa, exige la apreciación del recurso extraordinario por el Tribunal”. La relevancia va referida a la cuestión.

Ahora bien, al decir la ley que cabrá también la acción cuando fuere *relevante el fundamento de la controversia constitucional sobre ley o acto normativo federal, estadual o municipal, incluidos los anteriores a la Constitución*, ha indicado que la relevancia respecta al fundamento que suscite la controversia constitucional en la aplicación de ley o acto normativo, lo que podría conducir a la idea de que el legislador enfocará no la controversia misma, sino la argumentación<sup>1199</sup>. A nuestro entender, lo que

---

<sup>1196</sup> Durante su vigencia, la Enmienda Regimental 3, del STF tuvo su constitucionalidad cuestionada, pues la Constitución no preveía la relevancia como criterio válido para la no admisión del recurso extraordinario, como el Regimiento Interno ha previsto. Pero, con la EC n° 7, de abril de 1977, la Constitución pasó a permitir textualmente esa condición al promover un cambio en el Art. 119, convirtiendo el párrafo único en primero, pasando éste a disponer: “Las causas a que se refiere el ítem III, letras a y e de este artículo serán indicadas por el Supremo Tribunal Federal en el Regimiento Interno, que atenderá a su naturaleza, especie, valor pecuniario y relevancia de la cuestión federal (Cfr. TAVARES, André Ramos, ob. cit. p. 228).

<sup>1197</sup> Este modo estricto de ver el requisito de la relevancia implicaba aceptar que en alguna medida la Constitución podía ser violada sin que hubiera sanción. Este sentido riguroso, como se verá, ha sido superado con el tiempo y, lógicamente, no se aplica en el caso de la acción.

<sup>1198</sup> No debe ocultarse que en aquel tiempo el control abstracto y concentrado de constitucionalidad en el Brasil no había obtenido un desarrollo sustancial, y el control difuso, en procesos de índole subjetiva, preponderaba largamente.

<sup>1199</sup> En la teoría general del proceso, los fundamentos jurídicos de la demanda traducen la causa de pedir próxima, mientras la causa de pedir remota está en el hecho generador que desencadena el derecho. *Causa petendi*, por tanto, se constituye del binomio: fundamento jurídico de la demanda y hechos.



sigue siendo correcto es considerar la *relevancia de la controversia concreta*<sup>1200</sup>, la cuestión misma, no aquello que el autor entienda por relevante, aunque normalmente los razonamientos sí puedan ayudar a revelar lo que sea relevante.

En esta modalidad reducida de acción –sólo para control de acto normativo- la relevancia del fundamento de la controversia constitucional se identifica con la importancia del *problema constitucional* concretamente traído al conocimiento del Tribunal, no sólo a partir del razonamiento del autor, sino en estrecha conexión con la posibilidad de lesión o riesgo de lesión a precepto fundamental. Se trata de una condición especial para la admisibilidad de la acción en esta vía “incidental”<sup>1201</sup>.

El juicio sobre la relevancia de la cuestión no queda dependiente sólo de lo que haya sido razonado por el autor; el Tribunal tendrá que proceder un *enfoque objetivo del problema* constitucional en razón del contenido de la norma y el modo como si lo estuviera aplicando en un caso concreto. Por tanto, si el problema de derecho constitucional presentado por el autor no es relevante a juicio del STF, sea porque los argumentos desarrollados no son pertinentes<sup>1202</sup>, sea porque la cuestión, en sí misma, no tiene repercusión general, no supera a intereses personales o corporativos<sup>1203</sup>, parece claro que el STF podría rechazar la petición inicial, tal como autoriza el artículo 4º de la ley referida<sup>1204</sup>.

Una especificidad del requisito de la relevancia de la controversia constitucional, nos parece, es la existencia de *controversia judicial relevante sobre la aplicación de precepto fundamental que se considera violado*, que viene descrita en el Art. 3º, inciso V, de la ley. La controversia, conforme la letra de la ley, debe radicar en el modo de aplicación del precepto fundamental, es decir, se trata de una modalidad de control sobre la interpretación que los jueces y tribunales hagan, en la aplicación del derecho, sobre preceptos fundamentales.

Correctamente, la ley no exige que la controversia constitucional necesariamente resulte o tenga origen en proceso Judicial. Casos hay en que la ley, por no afectar directa y concretamente interés subjetivo de una persona o colectivo, no es objeto de cuestionamiento judicial; pero, en tal supuesto, este acto del Poder Público queda en el ordenamiento jurídico produciendo efectos jurídicos<sup>1205</sup> y, muchas veces basándose en él,

---

<sup>1200</sup> La relevancia de la controversia supondría, a nuestro ver, la satisfacción de la *causa petendi* sumada a un plus. De no ser así, el requisito no existiría y tampoco habría diferencia entre las modalidades o tipos distinguidos en el artículo 1º cabeza y su párrafo único.

<sup>1201</sup> Esta específica exigencia legal para la vía “incidental” es técnicamente correcta. La ley ha considerado que en la acción llamada “incidental”, en la que hay una controversia constitucional sobre la aplicación de productos del Poder Público (leyes o actos normativos), debe haber un filtro mayor para la admisión de la acción, incluso porque en ella suelen estar subyacentes intereses concretos de personas o colectivos, y la relevancia no podría ser simplemente presumida, como en el caso del caput del Art. 1º de la ley 9.882/99. No se debe olvidar, todavía, que el mecanismo debe contribuir a evitar acciones temerarias.

<sup>1202</sup> En casos de incongruencia entre el razonamiento y el pedido.

<sup>1203</sup> La poca entidad de la cuestión traída a juicio del Tribunal, porque la controversia no posee generalidad suficiente para repercutir hacia a grande parte del ordenamiento jurídico constitucional.

<sup>1204</sup> Hay quien sostiene que el legislador, en el Art. 4º, de la ley 9.882/99, hubiera concedido cierta discreción al STF para *escoger* las acciones que serán tramitadas (v.g. MORAES, Alexandre de, *in Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*, p. 266). La tesis no parece procedente, ya que ni siquiera en el caso del recurso extraordinario la Constitución ha otorgado esta facultad al STF. El instituto de la repercusión general de cuestiones constitucionales, introducido por la EC 45/2004, permite que el STF rehúse la admisión del recurso, pero sólo por la manifestación de dos tercios de sus miembros, lo que significa decir que en el juicio sobre la relevancia prepondera un enfoque objetivo, no una simple elección.

<sup>1205</sup> Es el caso de actos administrativos, que tienen objeto determinado y destinatarios ciertos, aunque estos actos sean editados bajo la forma de ley, las llamadas “leyes de efecto concreto”, el STF no considera pasible

se forman un sinnúmero de relaciones jurídicas sucesivas, de relevancia para el Estado y la sociedad<sup>1206</sup>.

Al prever el párrafo único, inciso I, del Art. 1º de la ley la cabida de la acción cuando fuere relevante el fundamento de *controversia constitucional*, sin el calificativo de controversia judicial, ha contemplado tal posibilidad, que podría versar, por ejemplo, sobre conflictos latentes entre Poderes y entes federados acerca de la aplicación de leyes o actos normativos, incluso anteriores a la Constitución<sup>1207</sup>.

Hay que concluir, por tanto, que la controversia constitucional debe estar asociada a la aplicación de ley o acto normativo federal, estadual o municipal, pero no necesariamente debe derivar de una controversia judicial<sup>1208</sup>. Por ello, la expresión “si fuere el caso”, contenida en el Art. 3º, V, de la ley 9.882/99, es una regla que tiene aplicación no sólo a la hipótesis de la cabeza del artículo 1º, es decir, la modalidad incondicionada, sino también a la hipótesis del Art. 1º, párrafo único, I, de la misma ley<sup>1209</sup>.

En suma, puede decirse que la relevancia, como juicio sobre una repercusión general y trascendente, se caracteriza por la gravedad de la situación, por su alcance político, económico, social o ético, lo que puede incluso manifestarse por la existencia de controversia en procesos judiciales sobre la aplicación de la norma. Es en tal sentido que se ha afirmado que la *controversia judicial es una especificación*, o un *plus*, en relación a la controversia constitucional, que es su género.

En este punto también se debe señalar que la ADPF presenta ventajas en relación a la ADC, pues, mientras aquella acción sólo puede plantearse frente a controversias judiciales, en esta vía procesal la existencia de controversia constitucional es suficiente para autorizar el planteamiento y conocimiento de la acción por el Tribunal.

Finalmente, nos parece cierto, aún, que el alcance de la controversia no depende, necesariamente, de un número significativo de procesos judiciales; basta que haya una controversia judicial entre partes en un único proceso en que esté en discusión la

---

de control por la vía de acción directa por entender que estas leyes no poseen abstracción o generalidad suficiente y, por tanto, no entran en el concepto de “acto normativo”(ADIn 647, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ 27.03.1992, ADIn 842, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 14.05.1993). Leyes de presupuesto son ejemplos de “ley de efecto concreto”, de las que se desprende relaciones jurídicas estatales, pues se destinan a autorizar gastos públicos en la prestación de servicios e inversiones.

<sup>1206</sup> Apunta TAVARES con mucha propiedad, al propósito, que la Constitución, en la hipótesis de acción por incumplimiento, no considera la normatividad del acto o comportamiento sindicable, al contrario de lo que ocurre con las acciones directas. Es decir, la normatividad del acto es irrelevante para fines de admisión del instituto de la *arguição* (in *Tratado da arguição de preceito fundamental*, p. 206).

<sup>1207</sup> Ello muestra las potencialidades de esta vía procesal también para solucionar conflictos entre los Poderes del Estado, dado su carácter preventivo. Un campo muy fértil para la ADPF podrían ser los conflictos entre Unión, Estados y Municipios que se establecen acerca de leyes tributarias, la llamada “guerra fiscal”, pues referidas controversias suelen ser consideradas como violadoras del pacto federativo, precepto fundamental contenido en el Art. 1º y protegido de enmienda constitucional por el Art. 60, par. 4º, I, de la Constitución Federal.

<sup>1208</sup> Debe observarse que el requisito de la controversia judicial en la ADC, al contrario de lo que ocurre en la ADPF, es de demostración obligatoria, tal como lo impone el Art. 14, III, de la ley 9.868/99.

<sup>1209</sup> André Ramos TAVARES admite este entendimiento. Para el autor, “la comprobación de la existencia de controversia judicial relevante sobre la aplicación de precepto fundamental que se considera violado” no puede ser extensiva a todas las hipótesis de acción incidental, ya que la regla matriz de la ley (inciso I del párrafo único del Art. 1º) apenas contempla la necesidad de controversia *constitucional* relevante (in *Tratado da arguição de descumprimento de preceito fundamental*, p. 418).

aplicación de un precepto fundamental, de cuya decisión pudieran desplegar efectos capaces de afectar no solo a las partes procesales, sino al propio orden jurídico<sup>1210</sup>.

## 5) La posibilidad de control preventivo

Parte de la doctrina nacional postula la necesidad de adoptar algún tipo de control preventivo de constitucionalidad<sup>1211</sup>, sobre todo en el tema de control de tratados internacionales<sup>1212</sup>, por considerarlo el medio más adecuado de defensa de la supremacía constitucional frente a situaciones de extrema relevancia para el Estado y la Sociedad en el concierto de las naciones. Los términos literales del artículo 1º de ley, al decir que la acción “tendrá por objeto evitar o reparar lesión a precepto fundamental, resultante de acto del Poder Público”, incluso sin especificar el tipo de acto, podrían permitir la interpretación de que referido instrumento ha introducido, junto al control represivo y tradicional, el control preventivo de los actos del Poder Público.

El control represivo resulta, como es sabido, de una intervención jurisdiccional tras la ocurrencia de la lesión a la Constitución y, por supuesto, la *modalidad preventiva* es la que opera antes de que la lesión se haya materializado. Entonces, si el objeto de la acción es también el de evitar lesión a precepto fundamental, cabría indagar en qué momento podría plantearse el control preventivo.

Esta cuestión quedará también pendiente del desarrollo doctrinario que haga el Supremo Tribunal Federal frente a la dinámica que la vida política y social pueda plantearse. Pues, si se considera pasible de control todo acto del Poder Público que pudiera resultar en lesión a precepto fundamental, sin distinción, en esta vertiente estaría comprendido el control de *actos todavía en formación*, algo que, hasta hoy, no es admitido en nuestro sistema de control abstracto<sup>1213</sup>.

El problema se agudiza cuando se mira el proceso legislativo. ¿Podría controlarse, por esta vía procesal, el propio proceso de formación de las leyes? El dilema consistiría en saber en qué medida se podría hacer un control de constitucionalidad del proceso legislativo para la defensa de preceptos fundamentales sin herir la libertad de creación política y sin lesionar el precepto fundamental traducido en el principio de la separación de poderes o el principio de la democracia.

---

<sup>1210</sup> José Carlos BARBOSA MOREIRA, a este propósito dice: “Se mide la relevancia de la cuestión a la luz de su significación para el público en general, no sólo para las partes; de ahí la importancia del número de procesos pendientes en cuya solución ella haya de influir, o de procesos futuros en los que tenga posibilidad de reproducirse” (*In Comentarios ao Código de Processo Civil*, 5ª ed., rev. atual., Forense, Rio de Janeiro, 1985, p. 576).

<sup>1211</sup> Como hemos apuntado, en nuestro sistema de control concentrado abstracto de constitucionalidad la existencia formal del acto objeto de control es requisito esencial, es decir, control sucesivo o represivo, aunque la norma no necesite estar en vigor.

<sup>1212</sup> Conforme ya anotamos, en el derecho brasileño el tratado es aprobado por decreto legislativo del Congreso Nacional. A la postre, el tratado es promulgado por el Jefe del Ejecutivo mediante decreto, recibiendo orden de ejecución, tras su publicación, pasando a ser aplicado de forma general y obligada. Así, Gilmar Ferreira MENDES, considerando que es posible la ADIn sobre el decreto legislativo, aprobando efectivamente el tratado, sostiene la tesis, de *lege ferenda*, de un control previo de constitucionalidad que podría impedir o desaconsejar la ratificación del tratado con objeto de ofrecer al Poder Ejecutivo posibilidades de renegociación o aceptación con reservas (*in Controle concentrado de constitucionalidade*, pp. 187-188).

<sup>1213</sup> En la ADIn 466-2, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 10 de mayo de 1991, el STF ha asentado que la acción directa de inconstitucionalidad sólo puede tener “como objeto jurídicamente idóneo leyes y actos normativos, federales y estatales, ya promulgados, editados y publicados”.

André Ramos Tavares, recordando que el STF admite la posibilidad de control de constitucionalidad de enmiendas constitucionales por medio de *mandado de segurança* antes de su promulgación, parece admitir ese control preventivo siempre que haya fundado recelo de perpetrarse el incumplimiento de precepto fundamental<sup>1214</sup>. Clèmerson Merlin Clève llega a sostener tal posibilidad por acción directa<sup>1215</sup>, cosa que el STF rechaza de manera tajante<sup>1216</sup>.

Empero no debe confundirse la modalidad preventiva de control de lesión constitucional con la posibilidad de un *control previo de los actos del Poder Público*, como fiscalización que incidiese antes de la existencia del acto<sup>1217</sup>, tal como ocurre en Francia<sup>1218</sup>.

Cuando se observa objetivamente el texto de la ley, lo que se ve creada es la posibilidad de que el Tribunal actúe para *evitar* lesión a precepto fundamental, si resultante de la aplicación del acto procedente del Poder Público. Es decir, la lesión ha de ser **resultante de acto del Poder Público**, lo que supone la existencia de un comportamiento estatal materializado. Resulta evidente el sentido cautelar o, más propiamente, anticipatorio de la acción, que se orienta **no por un control a priori del proceso de formación de normas, sino por la prevención de un resultado inconstitucional** en las circunstancias.

Buena prueba de ello es que la previsión de control *a priori* del proceso de producción de la norma jurídica, por medio de la ADPF -par. 4º del Art. 5º y Art. 9º- fue vetada por el Presidente de la República con el fundamento de que, en tal supuesto, se permitiría al Supremo Tribunal Federal interferir en cuestiones *interna corporis* del Legislativo<sup>1219</sup>.

---

<sup>1214</sup> *Tratado da arguição de descumprimento de precepto fundamental*, p. 303.

<sup>1215</sup> Dice él: “No hay dudas de que las tentativas de quiebra de identidad de la Constitución, por graves, desafían pronta censura judicial” (*in A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 74).

<sup>1216</sup> “...la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal refleja claramente esta posición en el tema del control normativo abstracto, exigiendo, en los términos en los que prescribe el propio texto constitucional y salvada la hipótesis de inconstitucionalidad por omisión, que la acción directa tenga, y solo pueda tener, como objeto jurídicamente idóneo, únicamente leyes y actos normativos, federales o estatales, ya promulgados, editados y publicados. La imposibilidad jurídica de control abstracto preventivo de meras propuestas de enmiendas no impide su fiscalización en tesis cuando son transformadas en enmiendas a la Constitución. Éstas –que no son normas constitucionales originarias- no están excluidas, por ello mismo, del ámbito de control sucesivo o represivo de constitucionalidad” (ADIn 466, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 10 de mayo de 1991).

<sup>1217</sup> CANOTILHO denomina control preventivo al que es ejercido sobre ley o acto normativo cuando todavía no ha entrado en vigor –un acto imperfecto-, distinguiéndolo del control sucesivo, que se ejerce sobre un acto perfecto, pleno de eficacia jurídica (*in Direito Constitucional e teoria da constituição*, p. 794).

<sup>1218</sup> Debe recordarse que en Francia el control de constitucionalidad de las leyes por el Consejo Constitucional se puede verificar en tres momentos distintos: a) en el momento de la discusión en el Parlamento (Art. 41 de la Constitución); b) después de votada la ley, pero antes de su promulgación (Art. 61, al. 2, de la Constitución); c) tras la promulgación (Art. 37, al. 2, de la Constitución), en cuyo caso el gobierno puede solicitar al Consejo Constitucional autorización para cambiar, por decreto, la ley aprobada (Cfr. PALÚ, Oswaldo Luiz, ob. cit. p. 110).

<sup>1219</sup> Así disponían los artículos: “Art. 5º, par. 4º. Si lo cree necesario para evitar lesión al orden constitucional o daño irreparable al proceso de producción de la norma jurídica, el Supremo Tribunal Federal podrá, en la forma del *caput*, ordenar la suspensión del acto impugnado o del proceso legislativo a que se refiriese, o incluso la promulgación o publicación del acto legislativo de él derivado” “Art. 9º. Juzgando procedente la acción, el Tribunal casará el acto o decisión exorbitante y, conforme el caso, anulará los actos procesales legislativos consecuentes, suspenderá los efectos del acto o de la norma jurídica decurrente del proceso legislativo impugnado, o determinará medida adecuada a la preservación del precepto fundamental decurrente de la Constitución”. (BARROSO, Luis Roberto, *in O controle de constitucionalidade no Brasil*, p. 265).

Tampoco el control de enmiendas constitucionales, por otro lado, sirve, por sí solo, como argumento válido para justificar el control previo del proceso legislativo interno ordinario. En realidad, la admisión de control de enmiendas constitucionales en curso resulta del propio texto de la Carta Política, que tanto dispone sobre su proceso<sup>1220</sup> como establece el parámetro material de control previsto en el artículo 60, par. 4º, con lo que rechaza, prohíbe, él mismo, la apreciación de propuesta de *enmienda tendiente* a abolir la forma federativa de Estado, el voto directo, secreto, universal y periódico, la separación de los Poderes y los derechos y garantías individuales.

De esta manera, habiendo un comportamiento estatal, un acto procedente del Poder Público, sus efectos podrían ser impedidos por la ADPF en caso de que estuviera en riesgo el incumplimiento del precepto fundamental, aunque el acto no esté todavía en vigor<sup>1221</sup>. No se podría negar, por ejemplo, que leyes y actos normativos ya promulgados y publicados, pero que aún no entraron en vigor, pudieran ser controlados, pues en este supuesto no hay control *interna corporis*, ni en el proceso legislativo o de formación de los actos administrativos, sino control sobre sus efectos en el orden jurídico.

Antes de que se materialice un acto del poder público no parece posible decir que esté en riesgo un precepto fundamental. Cosa distinta es el control de actos del proceso legislativo por ofensa al debido proceso legislativo constitucional, en el que se vulneren las reglas de la iniciativa, competencia, *quorum* de votación y otros requisitos específicos, que pueden ser controlados por acción directa de inconstitucionalidad, como ya ha admitido el STF<sup>1222</sup>.

## 6) Objeto

El objeto de la acción de incumplimiento de precepto fundamental es, en los términos del artículo 1º de la ley 9.882/99, *evitar o reparar lesión a precepto fundamental*. El control de constitucionalidad que por medio de él se establece respecta a cualquier acto del Poder Público. Se incluyen los actos normativos, administrativos o jurisdiccionales y hasta los actos estatales materiales.

Sale de la letra de la ley que sólo actos procedentes del Poder Público son objeto de la acción, es decir, sólo actos estatales, “pese al proficuo debate doctrinario sobre la aplicación de derechos fundamentales a las relaciones privadas y, por ende, a la vinculación directa de los particulares por las disposiciones constitucionales”<sup>1223</sup>.

---

<sup>1220</sup> El art. 60, par. 1º prohíbe que la Constitución sea enmendada en la vigencia de intervención federal, estado de defensa y de estado de sitio. El párrafo 2º exige discusión y votación de la propuesta en dos turnos de votación en cada una de las casas del Congreso Nacional, exigiendo, para su aprobación, tres quintas partes de los votos de los respectivos miembros. El párrafo 3º, dispone que la enmienda será promulgada por las Mesas de la Cámara de los Diputados y Senado Federal, con el respectivo número de orden. Es decir, la prohibición constitucional se dirige al propio procesamiento de la enmienda, impidiendo su presentación o su deliberación.

<sup>1221</sup> El que podrá variar, según las circunstancias del caso concreto, es el momento del control conforme la existencia o inexistencia de riesgo concreto o potencial de la lesión.

<sup>1222</sup> Esta hipótesis no es novedad entre nosotros. El STF ha declarado, en la ADIn 574.0/DF, la inconstitucionalidad de la ley federal 8.216/91 en razón de enmienda aditiva del Senado Federal sin que el proyecto hubiese vuelto a la Cámara de los Diputados (Cfr. PALÚ, Oswaldo Luiz, *in Controle de constitucionalidade*, 2ª ed., RT., São Paulo, 2001, p. 218). Así que la infracción a normas constitucionales sobre el proceso legislativo, tales como iniciativa, *quorum* de votación, y otros requisitos constitucionales específicos de las normas son objeto de control por la vía directa.

<sup>1223</sup> BARROSO, Luis Roberto, (*in O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 263).

Aunque excluidos de esta vía de control ciertos actos de particulares, personas físicas, jurídicas o colectivos, los cuales son pasibles de impugnación por la vía difusa u ordinaria<sup>1224</sup>, en nuestro derecho, conforme recuerda Luis Roberto Barroso, son equiparados a los practicados por autoridades públicas<sup>1225</sup>, para fines de aplicación del *mandado de segurança*, y, por tanto, también ellos pueden ser objeto de la acción, dada la identidad del fundamento jurídico que justifica este control.

Puede decirse, por tanto, que el objetivo, la finalidad de la ADPF, de evitar o reparar lesión a precepto fundamental, se implementa mediante el control de actos estatales en general. Y en este sentido la verificación del incumplimiento depende de la constatación de la inconstitucionalidad, una condición necesaria<sup>1226</sup>.

Si, como hemos afirmado, el incumplimiento supone o exige un previo comportamiento, la verificación de este incumplimiento de precepto fundamental empieza por la constatación de una inconstitucionalidad, y en tal sentido es cuando la inconstitucionalidad se presenta como necesaria. Pero lo contrario no es verdadero, ya que ***no toda inconstitucionalidad caracteriza un incumplimiento de precepto fundamental***<sup>1227</sup>.

### 6.1) Leyes o actos normativos federal, estadual o municipal pos y preconstitucionales

Mientras la cabeza del artículo 1º de la referida ley habla que la acción tendrá por objeto evitar o reparar lesión a precepto fundamental, resultante de *acto del Poder Público*, sin más, el párrafo único y su inciso han especificado que cabrá también acción de incumplimiento de precepto fundamental cuando fuere relevante el fundamento de la controversia constitucional sobre *ley o acto normativo federal, estadual o municipal, incluidos los anteriores a la Constitución*.

De esta distinción legal se extrae que en la modalidad denominada autónoma el objeto es amplio, pudiendo envolver actos de naturaleza normativa, administrativa y judicial, insertados en la expresión genérica de actos del Poder Público. Pero, en la modalidad llamada “incidental” son pasibles de impugnación únicamente ***ley o actos normativos***<sup>1228</sup>.

Conforme hemos apuntado en el apartado sobre la acción directa de inconstitucionalidad, por actos normativos se comprende aquellos actos estatales que,

---

<sup>1224</sup> Piensen, por ejemplo, en una política de empleo de una empresa, que discrimina a minorías, negros, mujeres o discapacitados sistemáticamente. Se trataría de actos privados, inconstitucionales, que podrían ser cuestionados por la vía de control incidental por parte del interesado.

<sup>1225</sup> Son consideradas autoridades públicas, para efecto de aplicación del *mandado de segurança*, “los representantes o administradores de las entidades autárquicas y de las personas naturales o jurídicas con funciones delegadas del Poder Público, solamente en lo que entendié con éstas” (Art. 1º, par. 1º, de la Ley 1.533/51). La Constitución Federal, por otro lado, al prever la cabida de *mandado de segurança*, para la protección de derecho *liquido* y cierto, lo autoriza en contra de acto de autoridad pública o agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del Poder Público (Art. 5º, LXIX, CF).

<sup>1226</sup> Lo que se quiere señalar es que la inconstitucionalidad, *lato sensu*, es todo comportamiento, formal o material, contrario a la Constitución, pero el incumplimiento va más allá, puesto que supone una obligación implícita, la ejecución o no ejecución de algo.

<sup>1227</sup> La conclusión lógica es que no podrá haber incumplimiento de precepto fundamental sin inconstitucionalidad. Pero podrá haber inconstitucionalidad que, sin embargo, no llegue a ser incumplimiento de precepto fundamental. Se tiene, por tanto, una gradación de lesión a la Constitución.

<sup>1228</sup> Es lo que señalan André Ramos TAVARES, (ob. cit. p. 310) y Luis Roberto BARROSO, (ob. cit. p. 263). Recuérdese el concepto de actos normativos: los actos estatales dotados de generalidad, abstracción y obligatoriedad.

siendo dotados de generalidad y la abstracción, se destinan a regir la vida social, permitiendo la formación de repetidas relaciones jurídicas. Para los fines de la ADPF están abarcados todos los actos infra-constitucionales, esto es, desde las leyes complementares – no debiendo olvidar las enmiendas constitucionales- hasta los actos normativos emanados de la Administración Pública.

Así que, ahora, se pasa a controlar por la vía de esta acción procesal la constitucionalidad de cualquier ley o acto normativo producido por la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios brasileños, sean los editados após la Constitución de 1988 o los anteriores a esta Carta, ***habiendo un alargamiento formidable en la jurisdicción de control concentrado en el Supremo Tribunal Federal.***

Todo lo que hemos predicado acerca del objeto de control en la ADIn se debe aplicar a la ADPF, añadiendo las normas municipales, que junto con la posibilidad de control de leyes y actos normativos anteriores a la Constitución vigente, representan dos grandes innovaciones.

## 6.2) El control del derecho preconstitucional

En nuestro sistema, tradicionalmente, no se admite el control abstracto de constitucionalidad del derecho preconstitucional<sup>1229</sup>. Aunque el STF entendía en principio<sup>1230</sup> posible controlar la compatibilidad del Derecho preconstitucional, haciéndolo como una cuestión preliminar, en la que podría considerar revocada la norma sin entrar en el fondo de la representación<sup>1231</sup>, tal entendimiento quedó abandonado.

El STF entiende que el control abstracto de normas se destina a la verificación de constitucionalidad de normas posconstitucionales<sup>1232</sup>. Cualquier colisión entre el derecho preconstitucional y la nueva Constitución se remite al control difuso, pues el conflicto es concebido como problema de derecho intertemporal y resuelto según el principio *lex posterior derogat priori* y no por un examen de constitucionalidad<sup>1233</sup>.

---

<sup>1229</sup> Conforme señala Gilmar Ferreira MENDES, las Constituciones brasileñas de 1.891 (Art. 83), de 1934 (Art. 187) y de 1937 (Art. 183), establecían cláusulas de recepción, así como la Constitución de Weimar y la Constitución de Bonn, en sus artículos 1788, II y 123, I, respectivamente. Éstas contenían dos disposiciones por las que: a) se aseguraba, por un lado, la vigencia plena del derecho preconstitucional; y b) se establecía, por otro, que el derecho preconstitucional incompatible con el nuevo orden perdía la vigencia desde la entrada en vigor de la nueva Constitución (*in A arguição de descumprimento de preceito fundamental*, ob. cit. p. 521).

<sup>1230</sup> Repr. 946, Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, RTJ 82/44; Repr. 969, Rel. Min. Antonio NEDER, (RTJ 99/544).

<sup>1231</sup> La fórmula era curiosa: el Tribunal trataba la cuestión como preliminar en la representación de inconstitucionalidad y si reconocía que el derecho anterior era disconforme con la Constitución vigente, juzgaba improcedente la representación, pero reconocía la existencia de la colisión y, por tanto, la incompatibilidad entre el derecho anterior y la nueva Constitución (MENDES, Gilmar Ferreira, ob. cit. p. 522). André Ramos TAVARES señala: “El entendimiento de la Corte siempre fue, por tanto, en el sentido de que no era posible apreciar, en el juicio abstracto, la constitucionalidad de las leyes anteriores a la Constitución, sea por ser incompatibles con esta, sea por ser incompatibles con la Constitución anterior ya revocada” (*in Tratado da arguição de descumprimento de precepto fundamental*, p. 208).

<sup>1232</sup> En el régimen de la Constitución vigente, el STF tuvo oportunidad de rediscutir ampliamente la materia, manteniendo, con todo, la jurisprudencia asentada (ADIn 2, Rel. Min. Paulo BROSSARD, DJ, 12.02.1992).

<sup>1233</sup> Así, cabría a la jurisdicción ordinaria, tanto en cuanto al STF, examinar la vigencia del derecho preconstitucional en el ámbito del control incidente de normas, una vez que en este caso, se cuidara de la simple aplicación del principio *lex posterior derogat priori* y no de un examen de constitucionalidad (Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, *in A arguição de descumprimento de precepto fundamental*, p. 522).

De esta manera, para la Corte Suprema, el contraste entre la nueva Constitución y el derecho anterior se pone en el *plan de la vigencia* y no en la validez de la norma<sup>1234</sup>. Por ello no admite el control abstracto del derecho que sólo pertenezca al ordenamiento jurídico<sup>1235</sup>.

Ahora bien, referida doctrina –que nunca ha sido enteramente pacífica en el interior de la Corte, en vista de la inseguridad jurídica que plantea sobre la compatibilidad o no de la norma frente a la Constitución nueva– cambia a raíz del surgimiento de esta nueva vía procesal.

Admitiendo la ley expresamente el control de constitucionalidad abstracto del derecho preconstitucional, se rompe con la doctrina según la cual la norma preconstitucional no plantea una cuestión de validez frente a la Constitución, sino sólo un problema de vigencia.

Esta nueva visión sobre el problema, al traer para el control de constitucionalidad derecho antiguo, promueve efectividad al principio de la supremacía de la Constitución. Al llevar hacia el seno de la validez lo que antes se consideraba cuestión de vigencia, la opción contribuye a eludir dudas que podría haber en la aplicación del principio *lex posterior derogat priori* en la relación Ley-Constitución, sobre todo porque, dado el carácter genérico de las normas constitucionales, no siempre sería sencillo saber si la Constitución, como ley posterior, tiene aptitud para derogar la ley anterior<sup>1236</sup>.

Se pone de manifiesto que frente a la Constitución, como ley suprema, no tienen encaje principios orientados a regir la revocación o supervivencia de leyes ordinarias, tales como el de la anterioridad-posterioridad o de *lex especiales derogat lex generalis*. Se refuerza hondamente la idea de que la Constitución, como producto del poder constituyente, no sólo instaaura un nuevo orden constitucional sino que invalida todo el derecho con ella incompatible, por lo que nunca se podrá hablar, con rigor lógico, que *la Constitución* deroga, sino que más bien *invalida derecho incompatible*.

Se abre ahora un campo nuevo para el control abstracto de constitucionalidad –al menos en lo que se refiere a la ADPF– acercando el Supremo Tribunal Federal a la línea de los modernos Tribunales Constitucionales, competentes para controlar la constitucionalidad de las leyes preconstitucionales frente a la Constitución vigente<sup>1237</sup>.

---

<sup>1234</sup> Cfr. BARROSO, Luis Roberto, (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 266).

<sup>1235</sup> La impecable lógica de este razonamiento ha sido refutada por el Min. Sepúlveda PERTENCE en diversos pronunciamientos en aquella Corte Suprema. Con el apoyo en la doctrina de Jorge MIRANDA, ha sostenido que la inconstitucionalidad no es primitiva o subsiguiente, originaria o derivada, inicial o ulterior, sino sólo un conflicto objetivo de normas (ADIn 2, Rel. Min. Paulo BROSSARD, DJ, 12.02.1992). “Reducir el problema a las dimensiones de la simple revocación de la norma infra constitucional por la norma constitucional posterior (...) redundaría en cerrar la puerta para la vía de la acción directa. Y dejar, en consecuencia, que el límite de las controversias suscitadas floten, durante años, al sabor de los conflictos entre jueces y tribunales de todo el país, hasta llegar, si es que se llega, a la decisión de la Alta Corte, después de un largo camino, por las vías frecuentemente penosas del sistema de recursos”. (Ídem).

<sup>1236</sup> Esto porque, en nuestro sistema, conforme el Art. 2º, par. 2º de la Ley de Introducción al Código Civil, la “ley nueva que establezca disposiciones generales o especiales a la par de las ya existentes, no revoca ni modifica la anterior”. De ahí las dificultades naturales de definir, *a priori*, la revocación.

<sup>1237</sup> En Alemania, el Tribunal Constitucional entiende que tanto las leyes posconstitucionales como las preconstitucionales pueden ser objeto de control abstracto de normas; pero en el proceso de control concreto sólo las normas posconstitucionales lo pueden ser (Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, in *A arguição de descumprimento de preceito fundamental*, p. 523). En Italia, la Corte Constitucional ya lo admitió en su primera decisión, el 5 de junio de 1956, pues tanto el artículo 134, como la Ley Constitucional de 9 de febrero de 1948, en su apartado I, cuidaron sólo de la constitucionalidad de la ley, y entre la ley ordinaria y la Constitución existe una diferencia de jerarquía, siendo, por ello irrelevante la distinción entre derecho



El Supremo Tribunal Federal, en el juicio de la ADPF 33-MC, Rel. Ministro Gilmar Mendes, ha admitido la acción de derecho preconstitucional<sup>1238</sup>.

Esta innovación traduce un intento cada vez más amplio de potenciar la efectividad del control abstracto y concentrado de constitucionalidad a raíz del incremento a la seguridad jurídica. Por su intermedio se permite controlar la legitimidad de actos de los Poderes Públicos fijando “las condiciones y el modo de interpretación de precepto fundamental” (Art. 10 de la ley 9.882/99), es decir, el Tribunal pasa a contar con una autorización legal específica para disponer, incluso, acerca de cómo el Poder Público debe interpretar el precepto fundamental.

### 6.3) El control del derecho municipal

Debe recordarse, conforme jurisprudencia pacífica en el STF<sup>1239</sup>, que no cabe acción directa de inconstitucionalidad para el control de ley municipal frente a la Constitución Federal<sup>1240</sup>. Tampoco se puede controlar la constitucionalidad de ley municipal por la vía de acción declaratoria de constitucionalidad, cuyo objeto es restricto a ley o acto normativo federal. En el ámbito del control abstracto, el derecho municipal sólo podría hasta ahora ejercerse, en caso de violación a la Carta estatal, ante el Tribunal de Justicia local<sup>1241</sup>.

El control constitucional del derecho municipal por el STF sólo podría ejercerse por la vía difusa o incidental a instancia de las partes procesales, por medio del recurso extraordinario. Ahora, con la ley reglamentar, se cambia la situación: el *derecho municipal pasa a ser objeto de control abstracto concentrado en la Corte Suprema cuando sea relevante el fundamento de la controversia constitucional*.

Esta ampliación formidable en el ámbito de jurisdicción de control concentrado de constitucionalidad del Supremo Tribunal Federal<sup>1242</sup> es reconocida por la doctrina como

---

preconstitucional y posconstitucional. En Portugal, la Constitución portuguesa ha previsto expresamente la competencia de la Corte Constitucional para enjuiciar la llamada inconstitucionalidad superveniente (Art. 282, par. 2º, CRP), con lo que se entiende posible el control abstracto de constitucionalidad no sólo del derecho anterior a las normas de revisión, sino también frente a la Constitución originaria (Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes, y MOREIRA, Vital in *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 255). En España, el Tribunal Constitucional ha optado por una línea intermedia, que le permite dividir la competencia con la jurisdicción ordinaria, en relación al derecho preconstitucional y le otorga, en relación al derecho posconstitucional, el monopolio de la censura, configurándose una especie de competencia concurrente en relación al derecho preconstitucional (SSTC 4/1981 y 14/1981, por todas la STC 126/1997). En Austria, en los términos del Art. 140 de la Ley Constitucional, no son sólo las leyes federales y estatales, sino también las antiguas leyes del *Reich* y de los Estados, siempre que hayan sido recibidas en conformidad con el preceptuado en las Disposiciones Constitucionales Transitorias de 1920. La discusión sobre la constitucionalidad de esas leyes antiguas debe ser examinada, todavía, frente a las disposiciones constitucionales vigentes en la época (Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, in *A arguição de descumprimento de precepto fundamental*, pp. 522-523).

<sup>1238</sup> Acórdão de 29.10.2003, publicado en DJ de 6.08.2004, (fuente: www.stf.gov.br).

<sup>1239</sup> Vg. ADIn 209-DF, Rel. Min. Sidney SANCHES, (DJU de 11.09.1998).

<sup>1240</sup> Recuérdese que la acción directa de control abstracto de constitucionalidad ante el STF tiene como objeto las leyes y actos normativos federales y estatales, mientras que por la acción declaratoria de constitucionalidad sólo las leyes y actos normativos federales son pasibles de control en aquella Corte (Art. 102, I, letra a, CF).

<sup>1241</sup> El Art. 125, par. 2º, CF, confiere a los Estados competencia para instituir el control jurisdiccional de control de constitucionalidad abstracto de leyes o actos normativos estatales y municipales frente a la Constitución del estado.

<sup>1242</sup> Basta con recordar que tenemos en el Brasil más de cinco mil municipios, todos con competencia legislativa en su ámbito material propio.

una necesidad que viene colmar una laguna<sup>1243</sup> en el sistema brasileño de control de constitucionalidad<sup>1244</sup>.

Esta innovación, conforme hemos señalado, ha sido incluida por la ley 9.882/99, que reglamentó lo dispuesto en el artículo 102, par. 1º de la Constitución Federal, cuyo dispositivo constitucional no dispuso sobre el objeto ni disciplinara la acción, habiendo simplemente remitido al legislador ordinario esa tarea.

Un autor brasileño ha visto inconstitucionalidad en esta modalidad llamada incidental porque el legislador tendría ampliado de manera ilegítima la competencia del STF a casos no previstos en la Constitución. Debe recordarse, a este propósito, que está pendiente en aquella Corte la decisión sobre la acción directa de inconstitucionalidad de toda la ley reglamentar, habiendo el Ministro relator votado precisamente en el sentido de la tesis<sup>1245</sup>.

Para Alexandre de Moraes “controversias entre leyes y actos normativos y normas constitucionales, por relevantes que sean, no son hipótesis idénticas al incumplimiento por parte del poder público de un precepto fundamental”; se trataría de una tentativa de superar la jurisprudencia restrictiva del STF en la materia, por vía de ley ordinaria, lo que sería inconstitucional<sup>1246</sup>.

Según la tesis, el legislador ordinario no podría equiparar *controversias* a incumplimiento de precepto fundamental, con lo que crearía por ley ordinaria una competencia constitucional para el STF, cosa que está vedada por nuestro sistema constitucional.

Pero lo cierto es que Constitución, en el artículo 102, par. 1º, al contrario de lo que ha hecho en relación a la acción directa de inconstitucionalidad y a la acción declaratoria de constitucionalidad –en las que no solo creó la vía procesal sino también disciplinó su objeto (Art. 102, I, letra a, CF)- no ha especificado el modo, la manera o el sector en el que el incumplimiento de precepto fundamental puede configurarse. Es decir, la Constitución se ha limitado a crear una vía procesal de control concentrado de constitucionalidad ante el STF sin atenerse a la causa, motivación ni tampoco al campo de donde pudiera nacer el incumplimiento de precepto fundamental.

---

<sup>1243</sup> Gilmar Ferreira MENDES recuerda la tentativa de introducirse, en el proceso de revisión de 1994, el llamado incidente de inconstitucionalidad, que habría de ser suscitado ante el STF en caso de duda o controversia sobre la constitucionalidad de leyes o actos normativos federales, estatales y municipales. Sostiene que la ley vino en buena hora para contribuir a la superación de esa laguna, contemplando la posibilidad de control de constitucionalidad del derecho municipal en el ámbito de ese proceso especial (*in A Arguição de descumprimento de precepto fundamental*, p. 531).

<sup>1244</sup> TAVARES llega a sostener que: “Teóricamente, la acción está volcada, por buscar el incumplimiento, a atender violaciones no normativas de la Constitución Federal, es decir, actos administrativos y hasta materiales que sean contrarios a la Constitución. Por otra parte, se admite la acción en cuanto a los actos normativos, incluso los municipales, lo que no se admitía hasta entonces en sede de control concentrado” (TAVARES, André Ramos, *in Tratado da Arguição de descumprimento de precepto fundamental*, Saraiva, São Paulo, 2001, p. 282).

<sup>1245</sup> ADInMC 2.231-8, Rel. Min. Neri da SILVEIRA. El juicio, que empezó el 05.12.2001 cuenta con el voto del relator y, según el Informativo 253 de aquella Corte, el Min. Neri da Silveira, relator, dada a generalidad de la formulación del párrafo único do Art. 1º, consideró que ese dispositivo autorizaría, amén de la acción autónoma de carácter abstracto, la acción incidental en procesos en curso, la cual no podría ser creada por el legislador ordinario, sino tan solo por vía de enmienda constitucional, y, por lo tanto, ha proferido voto en el sentido de dar al texto interpretación conforme a la CF a fin de excluir de su aplicación controversias constitucionales concretamente ya puestas en juicio.

<sup>1246</sup> *Jurisdição e tribunais constitucionais*, Atlas, São Paulo, 2000, pp. 267-268.

Parece que la propia naturaleza y magnitud del *parámetro de control* es lo que condujo la inspiración del constituyente a no especificar el objeto material de control, lo que es claro indicativo de que no quería limitar el espectro de la acción. Al constituyente le pareció relevante el respeto, el cumplimiento de precepto fundamental por el Poder Público, por lo que el legislador, con la norma del párrafo único, inciso I, de la ley, al introducir controversias constitucionales relevantes en su ámbito, en lugar de malherir el espíritu de la Carta Política, ha prestigiado la decisión del constituyente.

Debe apuntarse, además, que esta acción no se identifica con las demás acciones procesales de control concentrado, por lo que su campo de fiscalización no debe necesariamente sufrir los condicionantes y restricciones propios de aquellas acciones<sup>1247</sup>. Su parámetro especial, situándose en el punto más alto y más trascendente de la Constitución, ejerce una atracción lógica sobre todas las formas de manifestaciones estatales, formando un radio muy amplio de incidencia, pudiendo afrontar, incluso, comportamientos materiales del Poder Público.

De ahí que, a nuestro juicio, el legislador ejerció legítimamente la delegación que ha recibido por el artículo 102, par. 1º, de la Constitución, instituyendo hipótesis específica de acción<sup>1248</sup>.

En suma, no es correcto decir que el legislador ha creado una competencia para el STF; la competencia ha sido creada por la propia Constitución<sup>1249</sup>, y la explicitación del ámbito de control y los procedimientos establecidos por la ley, como desarrollos y desdoblamientos lógicos, no discrepan en nada de la autorización constitucional, práctica además conocida en otros sistemas constitucionales<sup>1250</sup>.

Tampoco parece tener procedencia la tesis según la cual el constituyente hubiera instituido solamente dos modalidades de control: la vía concentrada y la difusa -en las cuales necesariamente debería encartarse la ADPF- y la institución de una tercera posibilidad, mediante legislación ordinaria o por enmienda constitucional, afronta claramente la voluntad del constituyente originario<sup>1251</sup>.

---

<sup>1247</sup> Es decir, el hecho de que leyes municipales no integren el ámbito de control de constitucionalidad por medio de las acciones de control constitucional no debe ser una imposibilidad lógica para que el mismo objeto no pueda ser controlado por medio de una acción de incumplimiento de precepto fundamental, instituto cuyo nombre, por sí mismo, demuestra que es distinto de las acciones procesales referidas.

<sup>1248</sup> Así es como lo entiende Luis Roberto BARROSO, (*in O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 264), y, conforme dice el autor, también lo que piensa Daniel SARMENTO (*in Apontamentos sobre Arguição de descumprimento de precepto fundamental*, in André Ramos TAVARES y Walter Claudio ROTHENBURGS (orgs), *Arguição de descumprimento de precepto fundamental: análises a luz da lei 9.882/99*, 2001, p. 93-94).

<sup>1249</sup> Dice el Art. 102, “competete al Supremo Tribunal Federal *precipuamente*, la guardia de la Constitución, correspondiéndole: I-procesar y juzgar, originariamente: (...), par. 1º La acción de incumplimiento de precepto fundamental *decurren*te de esta Constitución será apreciada por el Supremo Tribunal Federal, en la forma de la ley”.

<sup>1250</sup> Por ejemplo, en el derecho alemán, la Ley Fundamental, en su artículo 94.2 ha confiado al legislador ordinario la disciplina sobre la organización del Tribunal Constitucional, así como sobre su proceso. El artículo 165 de la Constitución Española, del mismo modo, prescribe: “Una ley orgánica regulará el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones”. Ésta, la LOTC, en su Art. 27.2, e), ha previsto la categoría de actos con fuerza de ley, no previsto en el Art. 161 de la CE.

<sup>1251</sup> La crítica de Álvaro Ricardo de SOUZA CRUZ a la verticalización del modelo de control de constitucionalidad brasileño, fruto del constitucionalismo comunitario oriundo del constitucionalismo ibérico, es bastante interesante. Basada en la Teoría Discursiva del Derecho y de la Democracia de HABERMAS, su obra es un importante contrapunto al movimiento masivo pro-jurisdicción concentrada de control (*Jurisdição constitucional democratica*, Del Rey, Belo Horizonte, 204).

Aunque es cierto que dos modalidades están previstas en la Constitución de 1988, nada en el texto de la Carta Política indica una prohibición de que tales modalidades de control no pudiesen estar compatibilizadas en una única vía jurisdiccional de control de constitucionalidad, como parece haber ocurrido con la regulación legal de la acción de la se habla<sup>1252</sup>.

#### 6.4) El derecho infra legal

El Supremo Tribunal Federal no admite acción directa de inconstitucionalidad contra actos normativos secundarios, como son los reglamentos, resoluciones, instrucciones, portarías y otros, pues entiende que referidas especies normativas no pueden innovar el orden jurídico, estando subordinadas a las leyes que legitiman su expedición<sup>1253</sup>.

Según entiende de la Corte, la estimación de la constitucionalidad del acto normativo presupone colisión directa con la Constitución. Excepción de ello es la hipótesis de que el acto denominado reglamentar, sin fundamento en ley, innove materialmente el ordenamiento jurídico, como si de ley se tratara<sup>1254</sup>.

En la base de esa interpretación radica el argumento lógico de que o bien la ley en la que se basa el acto es inconstitucional –y ella, como acto normativo primario, debería ser impugnada como objeto de la acción – o el contenido del acto reglamentar desbordó los límites autorizados por la ley, configurando hipótesis de ilegalidad y no de inconstitucionalidad<sup>1255</sup>.

Esta doctrina no se aplica a la ADPF por la sencilla razón de que, tal como hemos apuntado, el constituyente no hay tenido en cuenta el tipo de comportamiento, la causa productora de la lesión a precepto fundamental, sino que ha tenido en consideración, como factor determinante, la naturaleza del parámetro especial de control de constitucionalidad. Al prever en el artículo 1º, encabezamiento, de la ley la cabida de la acción procesal frente a *acto del Poder Público*, sin restricciones, tampoco el legislador ordinario ha dejado margen al Tribunal para acotar los **actos reglamentares**.

Hace mucho que la doctrina brasileña enfatiza, por distintos fundamentos, que cualquier reglamento que deje de observar los límites establecidos en la ley es inconstitucional<sup>1256</sup>. La ilegalidad de un reglamento en un ordenamiento como el nuestro –en el que el principio de la supremacía de la ley y de la reserva legal son elementos fundamentales del Estado de Derecho, exigiendo que el poder reglamentar del Ejecutivo sea ejercido sólo para la fiel ejecución de la ley (CF, Art. 84, IV)- equivale a la inconstitucionalidad<sup>1257</sup>.

---

<sup>1252</sup> Álvaro Ricardo de SOUZA CRUZ sostiene la inconstitucionalidad de la vía incidental concreta concentrada de la ADPF, por entender que nuestro sistema constitucional sólo contempla las modalidades difusa y directa concentrada de control de constitucionalidad. Para él el constituyente originario no ha querido esa tercera vía de control. Se percibe, sin embargo, que la conclusión parte de la falsa premisa de que la ADPF fuera instituida por la EC 03/93 –como el autor dice textualmente en la página 432 de su obra-, cuando, en realidad, esta vía procesal ha sido instituida en el texto original de la Carta de 88.

<sup>1253</sup> Rep. 1.266, Rel. Min. Carlos MADEIRA, RTJ, 124/18 (53); Rep. 1.492, Rel. Min. Octavio GALLOTTI, RTJ, 127/80 y ss.

<sup>1254</sup> Rep. 1.133, Rel. Min. Aldir PASSARINHO, RTJ 113/996.

<sup>1255</sup> Cfr. BARROSO, Luis Roberto, in *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 267. STF, RDA, 183/132, 1991, RTJ 99/1362, RT 683/200, 1992.

<sup>1256</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, in *Controle concentrado de constitucionalidade*, pp. 212-213.

<sup>1257</sup> Ídem, p. 213.

Siempre se admitió, por otro lado, el recurso extraordinario al STF contra decisiones que, en aplicación del derecho infra legal, contrariasen la Constitución o juzgasen válida ley o *acto* de gobierno local impugnada frente a la Constitución<sup>1258</sup>.

Así que también en este punto la ADPF viene a colmar una laguna en el control abstracto concentrado de constitucionalidad, con lo que se pasa a examinar la legitimidad de la actividad reglamentar de la administración pública, valorizando el postulado de la supremacía de la ley y de la reserva legal.

Pese a que la legitimación para la acción no es universal, con el control abstracto concentrado de constitucionalidad de actos infra legales resultantes del Poder Público, se permite ahora, a instancia de los legitimados, el accionamiento del más alto Tribunal del país para la protección inmediata de derechos fundamentales mediante el control de acto infra legal que ponga en riesgo un precepto fundamental, el que hasta entonces sólo podría ser hecho por medio del recurso extraordinario, con sus notables limitaciones.

Claro que, no siendo la ADPF un instrumento de defensa de derechos subjetivos, no todos los actos infra legales podrán ser objeto de control abstracto concentrado ante el STF. Actos administrativos, por ejemplo, como actos de individualización del derecho, que normalmente repercutan sobre la esfera individual de las personas, de manera limitada, ciertamente seguirán siendo impugnados satisfactoriamente por acciones individuales o igualmente de naturaleza colectiva, v. g. el *mandado de segurança*, la acción civil pública, etc.

Parece cierto que la acción tendrá aplicación a ciertos tipos de actos administrativos que, por su objeto, poseen un ámbito de incidencia mayor, tales como Decretos producidos por Municipios, Estados o Unión y otros actos administrativos de Tribunales, Tribunales de Cuentas, Asambleas, Ministerio Público etc, los cuales muchas veces no hieren intereses personales concretos, pero vulneran preceptos fundamentales<sup>1259</sup>.

El STF, en la ADPF 41-6, tuvo ocasión de conocer acción de incumplimiento de precepto fundamental frente a un reglamento del Tribunal de Justicia<sup>1260</sup>.

### 6.5) El control de actos judiciales

La cabida de la ADPF frente a actos judiciales no está excluida de la letra de ley que, recuérdese, no hace distinción en cuanto al origen del acto, pudiendo en consecuencia abarcar actos de todos los Poderes Públicos. Pero es cierto que la naturaleza de la acción, como acción procesal de control abstracto concentrado, aleja la idea de que a través de ella se pudiera controlar los aciertos o errores de las decisiones de los jueces y tribunales inferiores, convirtiéndola en un medio de casación.

---

<sup>1258</sup> Art. 102, III, a y c, CF. Es decir, la Constitución no distingue el carácter normativo del acto. Un acto simplemente reglamentar, incompatible con la Constitución, es objeto de control difuso y el STF puede controlarlo en la vía incidental, en sede de recurso extraordinario.

<sup>1259</sup> Luis Roberto BARROSO, al hacer esa observación, admite a la ADPF para estos actos administrativos de alcance más amplio y de repercusión general, como convocatorias de licitación, concurso, contratos administrativos, decisiones de Tribunales de Cuentas, siempre que haya relevancia de la controversia constitucional y incumplimiento de precepto fundamental, pudiendo superarse la regla de la subsidiariedad (*in O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p.269).

<sup>1260</sup> Rel. Min. Gilmar MENDES, j. 24.4.2003, Cfr. BARROSO, Luis Roberto, (*in O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 268).

Aunque sea así, no hay ninguna base jurídica para recusar la cabida de control de actos judiciales por acción procesal de control abstracto concentrado, que tiene como uno de sus requisitos, precisamente, una controversia judicial relevante.

Como hemos apuntado, el requisito de subsidiariedad debe ser enfocado desde un ángulo objetivo, en el que la inexistencia de otro medio eficaz para evitar o reparar lesión a precepto fundamental esté referida al proceso objetivo de control concentrado. Entonces lo decisivo en el juicio sobre la cabida debe quedar en la relevancia de la controversia constitucional.

Así que, si la decisión judicial presenta entidad tal que sea capaz de desplegar efectos inmediatos y trascendentes para el orden jurídico-constitucional, poniendo en riesgo algún precepto fundamental, y si no hay remedios jurídicos capaces de suspender, al menos, la eficacia de la decisión –algo muy difícil de imaginar en el sistema procesal brasileño<sup>1261</sup>–, parece posible el empleo de la acción procesal.

Puede pensarse, por ejemplo, en una decisión de un tribunal, en el ejercicio del control difuso, que produce una interpretación arbitraria del precepto fundamental, de la que no hay un medio procesal capaz de coartar adecuadamente sus efectos<sup>1262</sup>. Pero, puede divisarse que sólo muy pocos tipos de acciones, básicamente aquéllas que versan intereses difusos y colectivos, podrían presentar relevancia y trascendencia suficiente para justificar instauración de este control directo en el Supremo Tribunal Federal.

De ahí que referido control sólo se admitirá excepcionalmente en casos de alta gravedad, cuando, presente el requisito de la relevancia de la controversia constitucional, los mecanismos propios de control de las decisiones judiciales no funcionasen adecuadamente, con eficacia constitucional.

A este propósito, la ley 9.882/99, en su Art. 5º, par. 3º, al admitir la posibilidad de *medida liminar para suspensión del trámite de los procesos judiciales o los efectos de las decisiones, o de cualquier otra medida que presente relación con la materia objeto de la acción de incumplimiento de precepto fundamental*, impone la limitación de que se respete la cosa juzgada, que es, ella misma, precepto fundamental<sup>1263</sup>.

---

<sup>1261</sup> En nuestro sistema procesal tenemos muchos medios procesales (acciones y recursos) capaces de impedir efectos ilegítimos de actos judiciales, como por ejemplo: *mandado de segurança* o *habeas corpus* para derechos individuales en general; acciones cautelares preparatorias o incidentales, incluso en recursos; recursos ordinarios, tales como el de agravo, contra toda decisión procesal –incluso con efecto suspensivo–, apelación también con efecto suspensivo, y recursos extraordinarios, como el especial para el STJ, en defensa del derecho objetivo, y el recurso extraordinario, para el STF, en defensa de la constitución. Tenemos, todavía, el instrumento de la reclamación dirigido a la preservación de la competencia y garantía de la autoridad de las decisiones del STF, por medio de lo cual puede hacerse respetar la jurisprudencia de la Corte en decisiones de control abstracto.

<sup>1262</sup> Gilmar Ferreira MENDES entiende aplicable la acción contra acto judicial en dos supuestos: a) cuando el juez o tribunal haga interpretación directa de un precepto constitucional de manera ilegítima o equivocada que imponga riesgo de lesión a precepto fundamental; b) cuando la decisión se haga sin base legal o fundada en una falsa base legal. Con apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional alemán –donde se desarrolló la teoría sobre la intensidad de la restricción impuesta a los derechos fundamentales (*Stunfentheorie*), que admite una estimación de constitucionalidad tanto más intensa cuanto mayor fuere el grado de intervención en el ámbito de protección de los derechos fundamentales– sostiene que la idea de que la no observación del derecho ordinario puede configurar afronta al propio derecho constitucional tiene aplicación entre nosotros, dado que el Poder Judicial, así como la Administración, están vinculados a la Constitución y a las leyes (Art. 5º, par. 1º, CF) (*in A Arguição de precepto fundamental*, pp. 533-534).

<sup>1263</sup> Entre nosotros, la cosa juzgada es derecho fundamental expreso en el Art. 5º, XXXVI, CF según el cual “la ley no perjudicará el derecho adquirido, el acto jurídico perfecto y la cosa juzgada”.

Pero nos parece, aunque la ley no lo diga, que es necesario observar, todavía, las normas procesales que fijan plazos para la práctica de actos, como los *recursos de agravio* u de *embargos de declaración* o *embargos infringentes*. Entonces, si el legitimado<sup>1264</sup> ha dejado agotar los plazos procesales especificados y sancionados en la legislación ordinaria y si la cuestión no es de las llamadas cuestiones de orden pública, como se dice en Brasil, esa materia no podrá ser posteriormente conocida por el STF en la vía de la ADPF<sup>1265</sup>.

Es evidente que nos referimos a situaciones típicamente regulares, pues si la decisión judicial es equívoca o absurda, por supuesto que tendrá vulnerado el derecho fundamental a la jurisdicción<sup>1266</sup> o, como se dice en España, se habrá negado la tutela judicial efectiva<sup>1267</sup> y en tal supuesto ni la cosa juzgada podría sobrevivir en contra de la Constitución.

Todo lo que anteriormente ha sido afirmado, a propósito de demostrar la amplitud de los materiales que pueden ser controlados por intermedio de la ADPF, conduce a la idea de que el foco del juicio en este tipo de acción es su *parámetro de control*.

Esta perspectiva permite situar la acción con un doble carácter: tanto puede plantearse para declarar la inconstitucionalidad, como para declarar la constitucionalidad de un acto o comportamiento estatal sobre el que se haya instaurado una controversia constitucional, pues, conforme sostiene André Ramos Tavares, el intérprete tiene que despojarse de las nociones ligadas a la inconstitucionalidad para fines de aplicación del control concentrado en la acción<sup>1268</sup>.

Sobresale, por tanto, el aspecto funcional enunciado en el Art. 1º de la ley, según el cual la acción “tendrá por objeto evitar o reparar lesión a precepto fundamental, resultante de acto del Poder Público”, sin hacer mención al tipo de fallo necesario en caso de estimación de la acción. Así que la ADPF tendría la misma característica ambivalente de las acciones directas de inconstitucionalidad y es declaratoria de constitucionalidad en la medida que las considere acciones de señal cambiado.

Pero hay una diferencia importante. Mientras la acción declaratoria de constitucionalidad sólo es prevista para ley o acto normativo federal, y su parámetro de

---

<sup>1264</sup> Por supuesto que se habla de los legitimados para la ADPF cuando éstos también son partes o interesados directos en el proceso judicial donde se estableció la controversia judicial.

<sup>1265</sup> Es el fenómeno procesal llamado *preclusión* (Art. 473 del CPC). De admitirse que el legitimado para la ADPF pueda llevar la materia al STF por esta vía, tras perder plazos procesales en procesos en los que discutiera la misma cuestión, parece ser un estímulo a la fraude, una improbidad procesal.

<sup>1266</sup> Art. 5º, XXXV, CF: “La ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza a derecho”. Art. 24, CE: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

<sup>1267</sup> Francisco CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, hablando sobre la cabida de amparo contra decisión que ponga fin al procedimiento judicial ordinario cuando haya en ella una infracción autónoma del Art. 24 CE, enseña que en este supuesto el objeto del amparo no es un acto o resolución administrativa confirmada jurisdiccionalmente, sino la resolución jurisdiccional en sí misma. Señala que anteriormente el Tribunal Constitucional centraba el análisis en la lesión de derechos imputadas a la actuación administrativa y sólo si éstas se estimaran inexistentes podría examinar las denuncias relativas a la decisión judicial misma ex artículo 24 CE. Sin embargo, actualmente el Tribunal examina, en primer término, las lesiones imputadas contra la resolución judicial, con el resultado de que, de apreciar su existencia, deben retrotraerse las actuaciones para que el órgano judicial vuelva a dictar sentencia (SSTC 97/1996, 115/1996, 28/1998 y 69/1998, entre otras muchas), (in jurisdicción y procesos constitucionales, pp. 130-131).

<sup>1268</sup> *Tratado da arguição de descumprimento de precepto fundamental*, p. 201. Sigue el autor: es que el incumplimiento no se limita a la inconstitucionalidad, ni a la inconstitucionalidad directa, y mucho menos a aquella derivada de actos puramente normativos (dotados de grado de abstracción) (Ídem, p. 202).

control es la totalidad del texto constitucional, por medio de la ADPF se tiene la posibilidad, ahora, de obtener la declaración de constitucionalidad de todo acto del Poder Público, sobre todo el derecho estatal y municipal<sup>1269</sup>.

## 7) Legitimación

El modelo de legitimación para la acción de incumplimiento de precepto fundamental es idéntico al de la acción directa de inconstitucionalidad y de la acción declaratoria de constitucionalidad.

Dispone el artículo 2º de la ley 9.882/99: “Art. 2º Pueden proponer acción de incumplimiento de precepto fundamental: I- los legitimados para la acción directa de inconstitucionalidad. II- (vetado.)”

Tras la edición de la ley, la EC 45/2004, que ha introducido un conjunto de normas que derivaron en el fenómeno conocido como la reforma del Judicial, se unificó el régimen de legitimación para el proceso de control abstracto concentrado en el Supremo Tribunal Federal. De manera que, por fuerza de la propia Constitución Federal, todos los órganos y entes que cuentan con autorización constitucional para promover la acción directa de inconstitucionalidad frente al STF hoy están igualmente legitimados para la acción declaratoria de constitucionalidad y la acción de inconstitucionalidad por omisión.

Para la acción de incumplimiento de precepto fundamental, por tanto, están legitimados: I-El Presidente de la República; II-La Mesa del Senado Federal; III-La Mesa de la Cámara de los Diputados; IV-la Mesa de Asamblea Legislativa de los Estados y de la Cámara del Distrito Federal; V-el Gobernador del Estado y del Distrito Federal; VI-el Procurador-General de la República; VII-el Consejo Federal del Orden de los Abogados del Brasil; VIII-Partido Político con representación en el Congreso Nacional; IX-confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional.

El Presidente de la República opuso veto a la propuesta contenida en el proyecto de ley aprobado de conferir legitimidad activa a cualquier persona lesionada o amenazada por acto del Poder Público, con lo que se ha asegurado un carácter exclusivamente institucional a la legitimación, reforzando la característica de proceso objetivo<sup>1270</sup> en esta vía procesal.

El párrafo 1º del artículo 2º de la ley prevé que “en la hipótesis del inciso II, se permite al interesado, mediante representación, solicitar la proposición de acción de incumplimiento de precepto fundamental al Procurador-General de la República, que, examinando los fundamentos jurídicos de la demanda, decidirá sobre la cabida de su ingreso en juicio.” Tal dispositivo hace referencia al inciso II del artículo 2º que, como hemos visto, ha sido vetado, lo que podría conducir a la interpretación de que la norma quedara sin aplicación práctica<sup>1271</sup>.

---

<sup>1269</sup> “De cierta forma, la institución de la acción de incumplimiento de precepto fundamental completa el cuadro de las acciones declaratorias al permitir que no sólo el derecho federal, sino también el derecho estatal y el municipal, puedan ser objeto de demanda de declaración de constitucionalidad” (Ídem, p. 532).

<sup>1270</sup> El carácter objetivo del proceso de control abstracto concentrado exige matización de la idea de legitimados activos y pasivos del proceso civil ordinario. La doctrina mayoritaria enfatiza que en este tipo de proceso especial, las partes lo son apenas en sentido formal, pues en realidad no defienden derechos o intereses propios, sino que actúan en interés público de la rigidez objetiva del ordenamiento jurídico (Vg. BARROSO, Luis Roberto, *(in O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 259).

<sup>1271</sup> Zeno VELOSO entiende que tanto el par. 1º del Art. 2º, que fue sancionado, como el par. 2º del Art. 2º, que fue vetado, tienen su razón de ser en el inc. II, del Art. 2º, que fue vetado, y que daba legitimidad activa a



La facultad de requerir al Procurador-General de la República, para que esta autoridad, a su exclusivo juicio, proponga o no la acción ante el STF, estaba conectada al dispositivo vetado, que trataba de la legitimidad universal a todo aquel que tuviera interés legítimo, pero esta norma es distinta de la cuestión de la legitimidad *per se* ya que puede sobrevivir sin la existencia de la norma que se ha vetado.

El texto original aprobado por el Congreso tanto consagraba la legitimación a todo aquél que fuese lesionado o amenazado por acto del Poder Público en el Art. 2º, II, como permitía –y así lo ha previsto la ley- al interesado, de manera general, requerir al Procurador-General de la República por medio de representación para que él propusiera la acción. En el primer supuesto el proyecto reconoció al lesionado o amenazado como sujeto titular de derecho a la acción, en el segundo la ley simplemente dispuso sobre una facultad al interesado, tercero ajeno a la relación jurídica con el Poder Público, pero que tiene interés en que la acción sea promovida<sup>1272</sup>.

El sentido del veto presidencial al dispositivo del Art. 2º, II, ha sido el de impedir el acceso individual a la Corte Suprema, por considerar el Presidente de la República que la admisión de un acceso individual e irrestricto es incompatible con el control concentrado de legitimidad de los actos estatales”. El cierre a la legitimación individual no implicó el cierre a la facultad conferida a un tercero interesado en la representación del Procurador-General de la República.

Parece lógico que la expresión “en la hipótesis del inciso II,” –que hace referencia lógica a una situación de vulneración concreta de derechos- no trae cualquier perjuicio a la norma que se extrae claramente del enunciado del párrafo 1º, que, por tanto, puede ser válidamente invocada por el interesado en la acción de incumplimiento de precepto fundamental, a quién la ley ha conferido, más que una facultad de petición, un derecho a una decisión fundada<sup>1273</sup> sobre la cabida de la acción<sup>1274</sup>.

Un sector doctrinario entiende que, pese el veto presidencial al dispositivo que preveía legitimación de cualquier interesado en la acción, referida legitimidad habría subsistido porque, independiente del dispositivo legal, la naturaleza de la acción incidental exigiría un sistema de legitimidad distinto de la acción autónoma.

---

cualquier persona lesionada o amenazada por acto del Poder Público para ingresar con la acción. Cayendo el principal, caen los accesorios. Eliminado el dispositivo, no pueden sobrevivir sus divisiones y desdoblamientos” (*In Controle jurisdiccional de constitucionalidade*, p. 304). El razonamiento es perfecto, pero la premisa, conforme mencionamos en el texto, es falsa.

<sup>1272</sup> En la teoría general de proceso es muy conocida la figura de terceros interesados, que no son partes en el proceso hasta que sean admitidos formalmente. En nuestro sistema procesal es el ejemplo de la figura del asistente, que no siendo parte en la causa, puede intervenir en el proceso para asistir al autor o al reo (Art. 50, CPC). Como el proceso de control abstracto de constitucionalidad no admite la intervención de terceros, el mecanismo de la representación al PGR gana un relieve muy grande y puede consistir en una importante vía de acceso a la jurisdicción constitucional del STF para la defensa de preceptos fundamentales, todo dependiendo de la interpretación que haga la Corte Suprema al respecto.

<sup>1273</sup> Debe notarse que la ADPF no se vuelve necesaria para la anulación de acto del Poder Público; puede, incluso, consistir en la defensa del acto del Poder Público, cuyo incumplimiento en la práctica resulta en el incumplimiento a precepto fundamental. Por ello, el par. 1º, del Art. 2º simplemente ha facultado al interesado –en este supuesto todos, indistintamente– a representar al PGR para que este actúe.

<sup>1274</sup> Esto porque el derecho de requerir a una autoridad pública que actúe conforme su cometido es una consecuencia del derecho constitucional de petición “en defensa de derechos o contra ilegalidad o abuso de poder” (Art. 5º, XXXIV, letra a, CF). De modo que el Procurador General, en la *praxis* que tenemos, siempre ha sido provocado por personas u órganos de la sociedad civil para la promoción de acciones de constitucionalidad. La innovación legal, nos parece, es que, tratándose de una representación por incumplimiento de precepto fundamental, el Procurador-General de la República tendrá que dar razones jurídicas por las que entiende no ser el caso de acción.

El Supremo Tribunal Federal, sin embargo, entiende con seguridad que los legitimados para proponer acción de incumplimiento de precepto fundamental se encuentran definidos, en *numerus clausus*, en el Art. 103 de la Constitución de la República, en los términos del dispuesto en el Art. 2º, I, de la Ley nº 9.882/99<sup>1275</sup>.

## 8) Procedimiento

Parte de la doctrina especializada postula la autorización al STF para decidir, según su discreción, sobre la relevancia de las cuestiones que debe enjuiciar en el ejercicio de su competencia recursal, a semejanza del instituto del *writ of certiorari* del derecho norteamericano.

La relevancia se caracteriza por la gravedad de la situación, por su alcance político, económico, social o ético. De ahí que, tratándose de conceptos fluidos, vagos o indeterminados, la noción del alcance o contenido de tales expresiones es siempre una cuestión opinable, admitiendo variaciones correspondientes al punto de vista del observador.

Según el desarrollo legal de la acción, la relevancia deviene referida a la hipótesis contenida en el Art. 1º, párrafo único, I, llamada “incidental” en la que es presupuesta una controversia constitucional sobre ley o acto normativo federal, estadual o municipal. Será relevante la controversia cuando la decisión posea repercusión general, que trascienda al interés de las partes en el litigio, sea por la existencia de un número expresivo de procesos idénticos o análogos, sea por la gravedad o fundamentalidad de la tesis en discusión, por su alcance político, económico, social o ético.

Mientras en el *writ of certiorari* el Tribunal norteamericano posee una amplia discrecionalidad, sin reglas o fórmulas claras, a punto de decirse que la instauración de su jurisdicción es mucho más una cuestión de intuición, percepción o *feeling* que de reglas precisas<sup>1276</sup>, el Supremo Tribunal Federal no tendría idéntica libertad, dada la necesidad de examinar la controversia constitucional objetivamente y a la luz del riesgo de lesión a precepto fundamental<sup>1277</sup>.

El planteamiento y el desarrollo de la acción son regidos por la ley 9.882/99, pero sigue subsidiariamente la ley 9.868/99 que disciplina la acción directa de inconstitucionalidad y de la acción declaratoria de constitucionalidad. Sin embargo, respecto de la condición de relevancia de controversia judicial, la ADPF se distingue de la exigida por la acción declaratoria de constitucionalidad, que presupone decisiones judiciales en sentido contrario sobre la constitucionalidad de la norma, conforme hemos señalado<sup>1278</sup>.

---

<sup>1275</sup> ADPF 75-AgR, Rel. Min. Ricardo LEWANDOWSKI, juicio en 3-5-06, DJ de 2-6-06, fuente: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br); en el mismo sentido: ADPF 11, Rel. Min. Sydney SANCHES, DJU 06.02.2001, ADPF 20, Rel. Min. Mauricio CORREA, DJU 15.10.2001, ADPF 29, Rel. Min. Carlos VELLOSO, DJU 11.03.2002, ADPF 30, Rel. Min. Carlos VELLOSO, DJU 19.03.2002 y ADPF 31, Rel. Min. Mauricio CORREA, DJU 19.03.2002, cfr. BARROSO, Luis Roberto, (in *O controle da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 261).

<sup>1276</sup> TAVARES, André Ramos, in *Tratado da arguição de descumprimento de precepto fundamental*, p. 40. Debe apuntarse, además, que, entre nosotros, el propio recurso extraordinario para el STF, que ahora está sometido a la condición de repercusión general, desde el punto de vista económico, político, social o jurídico, reglamentada por la ley 11.418/2006, no admite amplia discrecionalidad al Tribunal.

<sup>1277</sup> No se puede evitar, incluso, que el Tribunal examine hechos de la controversia.

<sup>1278</sup> El artículo 14 de la ley nº 9.868/99 dispone: “Art. 14. La petición inicial indicará: I- (...); II-(...); III- la existencia de controversia judicial relevante sobre la aplicación de la disposición objeto de la acción

El autor debe indicar el precepto fundamental que considere incumplido y el acto impugnado, la prueba de violación al precepto, si fuera el caso también la comprobación de existencia de controversia relevante sobre la aplicación del precepto fundamental, y, por fin, la demanda con sus especificaciones<sup>1279</sup>.

No hay plazo de caducidad para la acción, según la tradición de nuestro sistema de control concentrado de constitucionalidad.

La petición inicial de la acción será rechazada sumariamente por el relator cuando falte alguno de los requisitos legales o sea inepta<sup>1280</sup>. Esta resolución del Tribunal no tendrá cosa juzgada<sup>1281</sup> por no implicar examen del mérito de la acción, que podrá ser renovada, es decir, podrá plantearse en el futuro, en otro proceso, delante de nuevos casos concretos en los que la misma norma sea cuestionada, si otros son los fundamentos de la controversia o si hubo cambios en la manera de interpretar los preceptos constitucionales fundamentales, incluso en relación a supuestos concretos de la aplicación de las normas.

Por decisión de la mayoría absoluta de los miembros el Tribunal podrá conceder medida liminar en la ADPF<sup>1282</sup>, salvo que se trate de un caso de extrema urgencia o peligro de grave lesión o durante el período de vacaciones, cuando el propio relator podrá hacerlo directamente, *ad referendum* del Plenario. Por tanto, el relator podrá oír los órganos o autoridades responsables por el acto cuestionado, así como el Abogado General de la Unión o el Procurador-General de la República, en el plazo de cinco días (Art. 5º y párrafos 1º y 2º).

El referido artículo 5º, párrafo 3º, disciplina el contenido de la *liminar* en los siguientes términos: “La liminar podrá consistir en la determinación de que jueces y tribunales suspendan el transcurso del proceso o los efectos de decisiones judiciales, o de cualquier otra medida que presente relación con la materia objeto de la acción de incumplimiento de precepto fundamental, salvo si *decurrentes* de la cosa juzgada”.

Prescribe la ley, por tanto, que cabe liminar no solamente en caso de controversias judiciales, sino también cuando la controversia constitucional no esté todavía puesta en juicio. Y además, en cuanto a la extensión, la liminar puede volcarse para la suspensión de otras medidas, por ejemplo, actos, resoluciones o comportamientos estatales basados en el acto objeto de la acción.

Así, parece perfectamente posible medida liminar incluso para suspender, por ejemplo, deliberaciones de órganos estatales en caso de usurpación de poderes en los que esté en riesgo la vulneración de precepto fundamental. Parece bien evidente que procesos

---

declaratoria”. Y el párrafo único prescribe: “Párrafo único. La petición inicial, acompañada de instrumento de procuración, cuando suscrita por abogado, será presentada en dos vías, debiendo contener copias del acto normativo cuestionado y de los documentos necesarios para comprobar la procedencia del pedido de declaración de constitucionalidad”. Así que, la controversia incide sobre la aplicación de la disposición, es decir, sobre el enunciado del que se extrae la norma, y la prueba exigida es la que se refiere a la divergencia de interpretación judicial.

<sup>1279</sup> Art. 3º, I a V, de la ley 9.882/99.

<sup>1280</sup> En esto también la ADPF se distingue del *writ of certiorari*, donde no hay recursos de la desestimación, lo que lo convierte en un instrumento de decisión política.

<sup>1281</sup> El párrafo 2º del Art. 4º prevé que “de la decisión de rechazo de la petición inicial cabrá *agravo*, en el plazo de cinco días”. Aunque la decisión sea definitiva, poniendo fin al proceso, la ley previó el recurso de *agravo*, no de *apelación* para otra instancia, que es lo aplicable en el proceso civil ordinario (Art. 296, CPC). Se trata de una previsión lógica, dada la circunstancia de que el STF es instancia final de la Justicia.

<sup>1282</sup> En este caso ocho miembros, del total de once Ministros.

en trámite en el propio STF también pueden ser suspendidos, dado el espectro más amplio de la ADPF en relación con los otros tipos de acción<sup>1283</sup>.

Tras la decisión sobre demanda de medida liminar, el relator solicitará informaciones a las autoridades responsables por la práctica del acto cuestionado, en el plazo de diez días<sup>1284</sup>.

Si lo entiende necesario, el relator podrá oír las partes de los procesos en los que se dio la controversia. Podrá, aún, designar perito o comisión de peritos para emitir parecer sobre la cuestión, o, incluso, fijar fecha para declaraciones, en audiencia pública, de personas con experiencia y autoridad en la materia (Art. 6º y par. 1º).

También podrá el relator autorizar a los interesados a sostener oralmente sus razones o juntar memoriales escritos en el proceso. Transcurrido el plazo de las informaciones, el relator hará la ponencia y lo encaminará a todos los demás Ministros, pidiendo día para juicio<sup>1285</sup>. El Ministerio Público será oído durante cinco días, en caso de que no sea el autor de la acción<sup>1286</sup>.

Sólo con la presencia de dos tercios de los Ministros, por lo menos, podrá tomarse la decisión en la ADPF. Juzgada la acción, el Tribunal hará la comunicación a las autoridades responsables por la práctica de los actos impugnados, fijando las condiciones y el modo de interpretación y aplicación del precepto fundamental.

## 9) Efectos

Más que una articulación destinada a crear un puente entre sistemas mixtos de control, puede advertirse en la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental una *fusión* de los dos modos típicos de control en una única vía procesal, que se ejerce con carácter principal con eficacia *erga omnes* y efecto vinculante para todos los demás órganos del Poder Público. El ejercicio del control por el STF, en decisión de fondo, sustituye definitivamente el control difuso (Art. 10, par. 3º de la ley 9.882/99)<sup>1287</sup>.

Además, la posibilidad de control preventivo de la lesión a precepto fundamental ha supuesto una ***técnica especial de decisión***, compatible con la necesidad de fijar la interpretación del paradigma constitucional. El artículo 10 de la ley 9.882/99 dispone: “Art. 10. Juzgada la acción, se hará comunicación a las autoridades u órganos

<sup>1283</sup> Y, de hecho, el STF, pese haber suspendido los juicios de mérito de las ADPF hasta la decisión final de la ADIn nº 2.231 –que cuestiona la constitucionalidad de la ley 9.882/99- ha concedido medidas liminares en algunas hipótesis, tales como la proferida en la MC en la ADPF 10-6, Rel. Min. Mauricio CORREA, en la que fueron suspensos dispositivos del Regimiento Interno del Tribunal de Justicia del Estado, así como reclamaciones que tramitaban con base en ellos, debido a la existencia de graves riesgos de lesión a las finanzas estatales; y en la ADPF 33-5, Rel. Min. Gilmar MENDES, DJU 2 de diciembre de 2002, presentada por el Gobernador del Pará, en la que se impugnó acto de autarquía estatal vinculando la remuneración de sus servidores al salario mínimo, en violación de la regla expresa en la Constitución y al principio federativo. Pero, la más controvertida de las liminares ha sido la proferida por el Min. MARCO AURELIO en la ADPF54, en la que el relator suspendió todos los procesos que trataban de la discusión sobre la anticipación de parto de fetos anencefálicos y se reconoció el derecho de las gestantes a someterse al parto terapéutico. Esta última parte, sin embargo, fue posteriormente revocada por el Tribunal (Cfr. BARROSO, Luis Roberto, *in O controle da constitucionalidade no direito brasileiro*, p.274).

<sup>1284</sup> Art. 6º de la ley 9.882/99.

<sup>1285</sup> Art. 7º de la ley 9.882/99.

<sup>1286</sup> Art. 7, párrafo único de la ley 9.882/99.

<sup>1287</sup> El simple rechazo de la ADPF por parte del Tribunal, sin examinar el fondo de la cuestión, lógicamente no impide el ejercicio del control por la vía difusa y, por tanto, que el STF pueda conocer el recurso extraordinario en el futuro sobre la misma materia.

responsables por la práctica de los actos cuestionados, fijándose las condiciones y el modo de interpretación y aplicación del precepto fundamental”.

Esto permite, por ejemplo, que la Corte Suprema determine al legislador que rellene una laguna inconstitucional en el ordenamiento jurídico o se abstenga de practicar un acto o comportamiento que vulnere el precepto fundamental.

La regla permite tratamiento más adecuado a la declaración de inconstitucionalidad sin la pronuncia de nulidad<sup>1288</sup>. En los supuestos de inconstitucionalidad por omisión relativa, como hemos visto, la declaración de inconstitucionalidad seguida de la sanción de nulidad de la norma no soluciona satisfactoriamente la situación, pues no promueve la igualdad, sino que ahonda la situación de desigualdad.

Así que, cuidándose de un comportamiento estatal omiso, que incumple un precepto fundamental, el Tribunal podría fijar normativamente las condiciones y los modos por los cuales el Poder Público deberá pautarse en su cometido de cumplir el precepto fundamental. Esto implicaría dictar sentencia apta a regir la materia, para el caso de que el Poder Público no la cumpla en el plazo fijado<sup>1289</sup>.

Esta solución, relativa al modo de implementar decisiones declaratorias de inconstitucionalidad por omisión, ha sido planteada, hace mucho tiempo, por José Afonso da Silva, lo que constituiría un mecanismo relevante para la efectividad de las decisiones proferidas por el más alto Tribunal en el ámbito del control concentrado.

El Tribunal deberá *fijar la interpretación constitucional* que considere adecuada para el cumplimiento del precepto fundamental, que deberá ser seguida por todos los jueces y tribunales del país, con eficacia *erga omnes* y efecto vinculante.

En esta aplicación de la regla podrán surgir problemas importantes en situaciones en las que el STF no conceda medida liminar ordenando la suspensión de los procesos judiciales, ya que así los procesos siguen su curso normal, pudiendo formarse cosa juzgada inmune al efecto vinculante de la resolución del Supremo Tribunal Federal (Art. 5º, par. 3º, parte final)<sup>1290</sup>.

Debe observarse que la *ley ha tratado de manera diversa el modo de implementar las decisiones del Supremo Tribunal Federal* conforme la naturaleza del objeto de control. De acuerdo con su artículo 11, al declarar la inconstitucionalidad de *ley o acto normativo*, el STF podrá restringir los efectos de aquella declaración o decidir que ella sólo tenga eficacia a partir de su tránsito en juzgado, o de otro momento que venga a ser fijado.

El precepto -que es copia del Art. 27 de la ley 9.868799-, tiene en cuenta la posibilidad de que, a raíz de estos actos, hayan sido formadas diversas relaciones jurídicas

<sup>1288</sup> Como hemos visto, el STF, en las sentencias en ADIn, declara la inconstitucionalidad sin la nulidad de la norma. Ahora, con la ley de la ADPF, tiene apoyo explícito para ello.

<sup>1289</sup> Esta es la interpretación que hace Luis Roberto BARROSO del Art. 10 de la ley 9.882/99: “Si se admite esa previsión como un diferencial en relación a los otros mecanismos de tutela de la omisión, puede imaginarse la posibilidad de apelo al legislador, con la fijación de plazo, seguido de la aplicación concreta de determinada medida establecida por la Corte o incluso la edición de norma general, que prevalecería hasta la efectiva actuación del órgano competente” (*in O controle da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 271).

<sup>1290</sup> En este supuesto, nos parece claro que la sentencia del Tribunal debería respetar la cosa juzgada –salvo si se trata de entendimiento manifiestamente irrazonable, pues la cosa juzgada, como garantía fundamental, no puede prevalecer sobre la Constitución Federal. Para solucionar cuestiones como ésta, incluso, la ley ha prescrito la norma del Art. 11.

que no siempre pueden ser desconstituídas de inmediato, siendo razonable, por tanto, que el Tribunal pueda tener instrumentos en sus manos para compatibilizar ciertas situaciones de la vida real<sup>1291</sup>.

De todas maneras, la regla contenida en el artículo 11 de la ley configura sólo una autorización al Tribunal, no una obligación, que además exige para su aplicación el acuerdo de dos tercios de sus miembros.

El presidente del Tribunal determinará el cumplimiento inmediato de la decisión, redactándose el *acórdão* posteriormente<sup>1292</sup>, y en el plazo de diez días contados desde el tránsito en juzgado de la decisión –que no es recurrible<sup>1293</sup>– su parte dispositiva será publicada en sección especial del Diario de la Justicia y del Diario Oficial de la Unión<sup>1294</sup>.

El párrafo 3° del artículo 10 prescribe: “La decisión tendrá eficacia contra todos y efecto vinculante relativamente a los demás órganos del Poder Público”. La regla no deja dudas en el sentido de que, al contrario de lo que previó el artículo 28, párrafo único de la ley 9.868/99, *referidos efectos se extienden a todos los demás órganos del Poder Público y no sólo a los órganos del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo*.

En este punto puede decirse que la novedad representa un significativo avance en el modelo de control abstracto concentrado de constitucionalidad brasileño, en la medida que sus efectos son maximizados<sup>1295</sup>.

Quizá la innovación sea de gran ventaja para el actual sistema de control de constitucionalidad brasileño, uno de los más complejos del mundo, seguramente, pero que se resiente, todavía, de mecanismos eficaces de racionalización en la jurisdicción del Supremo Tribunal Federal como máximo intérprete y guardia de la Constitución. En realidad, el avance supuesto queda pendiente de la interpretación que el STF hará sobre la constitucionalidad de la ley 9.882/99, impugnada en la Adin nº 2.231-8.

La regulación de este instrumento procesal representa una posibilidad de perfeccionamiento del sistema nacional de guardia y de protección de los valores, principios y reglas constitucionales fundamentales por parte de todos los Poderes Públicos, contribuyendo a la disminución de frecuentes agresiones al texto de la Carta Política por los poseedores del poder político, que siguen siendo, casi siempre, enteramente irresponsables.

El dato relevante es la posibilidad de tener-se una vía procesal capaz de permitir tanto el control de derecho preconstitucional como el producido en la vigencia de la Constitución, tanto del derecho de los estados miembros y de la Unión, cuanto de los Municipios; tanto los actos normativos, cuanto a los actos concretos, tanto a los actos

---

<sup>1291</sup> Los significados de estos términos parecen no comportar dudas: restringir los efectos de la declaración de inconstitucionalidad es limitar el alcance o extensión sobre el ámbito de las disposiciones o normas enjuiciadas, mientras decidir que ella sólo tenga eficacia a partir de su tránsito en juzgado, o de otro momento que venga a ser fijado, es una expresión que no requiere explicación alguna.

<sup>1292</sup> Art. 10, par. 1° de la ley 9.882/99.

<sup>1293</sup> El Art. 12 prevé que la decisión que juzga procedente o improcedente la demanda en acción de incumplimiento de precepto fundamental no es recurrible, no pudiendo ser objeto de acción rescisoria.

<sup>1294</sup> Art. 10, par. 2° de la ley 9.882/99.

<sup>1295</sup> Conforme ha dicho André Ramos TAVARES, “es preciso admitir que, en el Derecho brasileño, el efecto vinculante se impuso como una exigencia de los rumbos que acabó tomando el sistema patrio. Vale consignar que la vinculación se sobrepone a la propia eficacia de las leyes en general, que es la de alcanzar a todos indistintamente (la eficacia *erga omnes*). En este sentido, podría afirmarse que las decisiones del Supremo Tribunal Federal se superponen, en eficacia, a las propias decisiones adoptadas por el Congreso Nacional y vertidas en ley.” (*in Tratado da Arguição de descumprimento de precepto fundamental*, pp. 384-385).

administrativos del Ejecutivo y Legislativo, cuanto a decisiones judiciales, revelandose un instrumento muy calificado de control concentrado.

Pero, si el STF viniere a entender que la ley es inconstitucional, entonces quedará roto este importante instrumento de síntesis entre los dos métodos de control de constitucionalidad<sup>1296</sup>, cuyo surgimiento representa sin duda la coronación de la tendencia manifestada en los últimos años de ampliación del papel de la jurisdicción constitucional concentrada y abstracta<sup>1297</sup> en aras de la seguridad jurídica.

---

<sup>1296</sup> No parece aceptable la tesis de inconstitucionalidad formal del Art. 1º, par. único, inciso I, de la ley 9.882/99, que ha previsto la posibilidad de llevar al STF el conocimiento de controversias constitucionales surgidas en procesos judiciales. El texto constitucional preve una acción de competencia del Supremo Tribunal Federal para fiscalizar incumplimiento de precepto fundamental, por los medios o formas previstas en la ley. El argumento de que es necesario enmienda constitucional para la acción incidental sobre cuestiones ya planteadas en juicio desconoce que la acción declaratoria de constitucionalidad tiene un efecto incidental en la medida que permite al STF declarar, en control concentrado, constitucional o inconstitucional cualquier ley o acto normativo federal o estadual que esté siendo objeto de controversia judicial y, no obstante, el texto constitucional no exige una controversia judicial en la aplicación de la norma, supuesto que el STF ha considerado como necesario en la ADC 1/DF, DJU 16.6.1985. Es decir, el Tribunal ha considerado que la existencia de controversia judicial al respecto de la constitucionalidad de la norma es supuesto fundamental e inherente a la acción declaratoria de constitucionalidad, cuya circunstancia permite a los legitimados llevar la cuestión constitucional directamente a la Corte Suprema y, como se sabe, la sentencia producirá eficacia *erga omnes* y efecto vinculante para los órganos del Poder Judicial y Poder Ejecutivo.

<sup>1297</sup> BARROSO, Luis Roberto, in *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 246.

## Capítulo XI

### La Autonomía de las Jurisdicciones de Control Constitucional en el Modelo Federativo Brasileño

#### 1) El modelo federativo brasileño y el subsistema estadual de control abstracto de constitucionalidad de normas y actos estaduais y municipales

El Estado brasileño es una República de régimen federativo<sup>1298</sup>, cuya organización político-administrativa entraña un elemento importante en el sistema de control de constitucionalidad de las leyes y actos normativos. Posee tres niveles de gobierno formados por la *Unión, veintiséis estados miembros* y el *Distrito Federal*, y más de *cinco mil y quinientos municipios*, todos autónomos y dotados de competencias materiales (ejecutivas) y legislativas en los términos y límites constitucionales.

Además, el Distrito Federal, donde están la capital Brasilia y todos los tribunales superiores<sup>1299</sup>, ocupa posición jurídico-constitucional semejante a los estados miembros<sup>1300</sup>, con la peculiaridad de que en él no hay municipios.

Referida organización estructura un régimen de reparto de poderes que, conforme anota José Afonso da Silva<sup>1301</sup>, combina *competencias exclusivas, privativas y principiologicas con competencias comunes y concurrentes*, buscando reconstruir el sistema federativo según criterios de equilibrio dictados por la experiencia histórica<sup>1302</sup>. Arranca del principio de la predominancia del interés según el cual en la Unión caben las materias y cuestiones de predominante interés nacional mientras que a los estados miembros tocan las materias y asuntos de predominante interés regional, y a los municipios los asuntos de interés local.

Aunque Brasil hubiera sido influido por el modelo de federación norteamericana<sup>1303</sup> no sigue hoy, en lo que respecta al reparto de competencia, únicamente

<sup>1298</sup> Art. 1º. La República Federativa del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: I-la soberanía; II-la ciudadanía; III-la dignidad de la persona humana; IV-los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa; V-el pluralismo político. Par. Único. Todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes electos o directamente, en los términos de esta Constitución” (CF).

<sup>1299</sup> Son ellos: el STF (Supremo Tribunal Federal), órgano de cúpula del poder judicial y máximo guardián de la Constitución Federal, el TSJ (Superior Tribunal de Justicia), órgano máximo de defensa del derecho objetivo federal, el TSE (Tribunal Superior Electoral), especializado en conflictos electorales, el TST (Tribunal Superior del Trabajo) y el TSM (Tribunal Superior Militar).

<sup>1300</sup> Con la Enmienda Constitucional 25/85, el Distrito Federal pasó a tener representación semejante a la de los Estados miembros, eligiendo tres senadores, quedando su pueblo representado por ocho diputados. La constitución vigente ha mantenido esa representación; su gobernador es electo directamente por el pueblo, dispone de una Cámara Legislativa, regida por ley orgánica propia; posee autonomía de auto-organización, habiendo recibido las competencias legislativas pertenecientes a los Estados y a los Municipios, disponiendo también de competencia concurrente con la Unión en las materias previstas en el Art. 24 de la Constitución (Art. 32, par. 1º y 2º, CF).

<sup>1301</sup> *Curso de direito constitucional positivo*, 16ª ed., Malheiros, São Paulo, 1999, p. 477 y 479.

<sup>1302</sup> Al contrario de lo que sucedió en Suiza, Alemania y en los Estados Unidos, cuyo Estado federal es resultado de una agregación (federalismo por agregación) de Estados que a él pre-existían, el Estado vino a superponerse a ellos, en el Brasil la experiencia es contraria; el Estado unitario, en obediencia a imperativos políticos (salvaguardia de la libertades) y de eficiencia, se descentralizo a punto de generar Estados que a él fueron sub-puestos (federalismo por segregación) (Cf. Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *Curso de direito constitucional*, 18ª ed., Saraiva, 1990, p. 44).

<sup>1303</sup> Como es sabido, la autonomía puede tener diversos grados de control políticos y jurídicos, conforme se adopte un modelo que prime por una mayor o menor centralización del poder. El caso del Brasil puede ser visto como el de una baja autonomía, si la comparamos a la de los Estados Unidos de América, ya que,



la técnica de enumeración de los poderes de la Unión con reserva a los estados miembros de los poderes remanecientes, como sucede en aquél sistema jurídico-político<sup>1304</sup>. Visando superar el dualismo<sup>1305</sup> que separa las entidades federativas en campos exclusivos, mutuamente limitativos, acoge formas de composición más complejas, como el modelo vigente en Alemania, que procuran compatibilizar la autonomía de cada una con la reserva de campos específicos que designen áreas exclusivas o simplemente privativas con posibilidad de delegación, áreas comunes en que se prevén actuaciones paralelas y sectores concurrentes en que la competencia para establecer políticas generales, directrices generales o normas generales cabe a la Unión, mientras tanto se defiende a los estados miembros la competencia suplementar.

Específicamente en relación a la competencia legislativa – que es la que más de cerca nos interesa en este estudio- en el Estado brasileño se tiene tres distintos niveles productores de normas jurídicas: la Unión, a quien cabe legislar *privativamente* sobre las principales materias consideradas de interés nacional (Art.22, CF); los estados miembros, competentes para legislar, en la forma autorizada en ley complementaria, sobre cuestiones específicas de las materias de competencia privativa de la Unión (Art. 22, par. Único, CF). Ambas entidades, además, pueden legislar *concurrentemente*, así como el Distrito Federal – que ejerce las competencias estatales y municipales-, sobre una serie de otras materias relacionadas en la Constitución (Art. 24, CF).

Asimismo, en el campo de la legislación *concurrente*, a la Unión se le atribuye competencia únicamente para disponer sobre *normas generales*, mientras a los estados miembros se les asegura una competencia *suplementar* e, incluso, en forma plena en el supuesto de que la Unión no venga a ejercer esta facultad (Art. 24, par. 1º, 2º y 3º CF). Los municipios están autorizados a legislar sobre asuntos de *interese local* (Art. 30, I, CF), pero también les cabe *suplementar* la legislación federal y estadual en el que cupiere (Art. 30, II, CF).

Aparte eso, el artículo 23 de la Constitución Federal trata de lo que se denomina *competencia común*, es decir, materias sobre las que podrán disponer, en común, la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios<sup>1306</sup>.

---

conforme el sistema constitucional de distribución de competencias vigente en Brasil la primacía legislativa cabe a la Unión en la medida que impide a los estados miembros el legislar sobre las principales materias, tales como: derecho civil, comercial, penal, procesal, electoral, agrario, marítimo, aeronáutico, espacial y de trabajo etc., consideradas privativas de la competencia de la Unión, mientras algunas de esas, en los Estados Unidos, competen a los estados federados.

<sup>1304</sup> Esa técnica predominante en EUA es encontrada también en Suiza, Argentina y ex URSS y Yugoslavia, México y Australia, mientras la técnica inversa, es decir, la atribución de los poderes enumerados a los estados y de los remanecientes a la Unión es la que rige en Canadá; por fin, la técnica de la enumeración de las competencias de las entidades federativas es la empleada por Venezuela y India. (cfr. SILVA, José Afonso, ob. cit. p. 478).

<sup>1305</sup> Conforme señala Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, “En los siglos XVIII y XIX, se concebía el federalismo como dualista. El ideal era separar dos esferas estancos, la de la Unión de un lado, la de los Estados Miembros por otro. De ahí el reparto horizontal de competencias, la previsión de tributos exclusivos. Después de la Primera Guerra Mundial, se concibe el federalismo como cooperativo. El ideal es coordinar las dos esferas, bajo evidentemente la batuta de la Unión. De ahí la repartición vertical, los tributos repartidos, reflejo de un reparto vertical de competencias. Hoy, se habla hasta de un federalismo de integración, visto como sujeción de la esfera estatal a la de la Unión (federal). Federalismo que se acentuaría, antes, en un Estado unitario constitucionalmente descentralizado que en un verdadero Estado Federal. O sea, una paradoja: un federalismo conducente a la negación de la federación (*Curso de direito constitucional*, 18ª ed., Saraiva, São Paulo, 1990, p. 45).

<sup>1306</sup> Tratase de normas programáticas, con materias de contenido administrativo de enorme relevancia para la vida del Estado Federal, que exigen la cooperación de todos los entes políticos a fin de atender a objetivos que les

El grande jurista brasileño Ruy Barbosa enseñaba que en cualquier país de Constitución escrita hay dos grados en el orden de la legislación: las leyes constitucionales y las leyes ordinarias. En los países federalizados, como en los Estados Unidos, como el Brasil, la escala es cuádruple: la Constitución Federal, las leyes federales, las Constituciones de Estados, las leyes de estos<sup>1307</sup>. Al añadirse ahora los Municipios, podría considerarse un orden más.

Según el autor, es la propia jerarquía existente entre esas normas que traduce las reglas de precedencia, en que la autoridad se distribuye por esas cuatro especies de leyes. Dado el antagonismo entre la primera y cualquiera de las otras, entre la segunda y las dos subsecuentes, o entre la tercera y la cuarta, la anterioridad en la gradación indica la precedencia en la autoridad. Una vez manifestada la colisión, está *ipso facto* resuelta. El papel del tribunal es apenas declaratorio; no desata conflictos: los indica, como la aguja de un registro, e, indicándolos, señala por su naturaleza la solución. La ley más débil cede a la superioridad de la más fuerte<sup>1308</sup>.

Tal visión simplificadora, escrita en un pasado lejano, ya no describe la realidad vigente. Sin embargo, de que el criterio jerárquico sigue siendo relevante en todo sistema de constitución escrita a efecto de solución de conflictos inter normativos, es cierto que no es el único. En ordenamientos complejos como el brasileño, el español, el alemán etc., al lado del referido criterio se apareja el criterio de la *competencia*<sup>1309</sup> según el cual las diferentes entidades productoras de normas sólo pueden legislar en su círculo propio de competencias constitucionales y han de respetar el campo legislativo de los demás.

Conforme enseña Díez Picazo, “el principio de competencia es, junto al principio de jerarquía-fuentes, uno de los principios rectores del sistema de fuentes del Derecho en el ordenamiento español. En cuanto tal, se trata de uno de los modos posibles de organizar un ordenamiento complejo, es decir, un ordenamiento en el que coexisten diversos tipos normativos, cada uno de los cuales es expresión de una diferente potestad normativa, atribuida usualmente a un órgano distinto y con un propio *nomen iuris* (ley orgánica, reglamento parlamentario, etc.). En sustancia, la competencia normativa consiste en acotar un ámbito material y encomendar su regulación a un determinado tipo de norma, de manera que los demás tipos de normas no puedan, en principio, incidir sobre dicha materia”<sup>1310</sup>.

---

son correlatos (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, *Controle da constitucionalidade das leis municipais*, 3ª ed., RT., São Paulo, 2003, p. 57; BULOS, Uadi Lammego, *Constituição federal anotada*, 7ª ed., Saraiva, São Paulo, 562).

<sup>1307</sup> *Comentários a Constituição Federal brasileira*, Comp., Org. Homero PIRES, vol. IV, 1933, p. 137.

<sup>1308</sup> Ídem, p. 137.

<sup>1309</sup> Al respecto, Zeno VELOSO disiente de Ruy: “Solo pudimos recibir la lección del grande Ruy *cun grano salis*, esto es, con reservas y temperamentos. No existe, siempre, la jerarquía entre leyes de los diversos entes federativos. Las leyes federales no son, en todo y cualquier caso, más fuertes de que las leyes estatales. Ni éstas estarán, inexorablemente, en grado superior al de las leyes municipales.” Y, refiriéndose al principio de derecho alemán según el cual ‘el derecho federal corta derecho estatal’, sostiene: “el derecho federal corta, siempre, el derecho local cuando la materia tratada es de la competencia privativa de la Unión (CF Art. 22), o está comprendida en la competencia concurrente cumulativa (CF, Art. 24, par. 4º). En estos casos sí, habiendo antinomias o colisión entre norma estadual y la norma federal, aquella es alejada, y prevalece la de la Unión. Pero, el derecho federal que extrapola su esfera de competencia es írrito, nulo, y, obviamente, no puede prevalecer sobre el derecho local editado dentro de su círculo de competencia, que, por tanto, es válido. En este caso, la ley federal no es más fuerte que la ley local, al contrario, y la regla se invierte: *Landesrecht bricht Bundesrecht*” (*Controle jurisdiccional de constitucionalidade*, 3ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p. 330).

<sup>1310</sup> DÍEZ-PICAZO, L. Mª, *Competencia. Fuentes*, in *Temas básicos de derecho constitucional*, Tomo I, *Constitución, estado constitucional y fuentes de desarrollo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 242.

Por ello, acentuar el principio de jerarquía, basado en la supuesta superioridad del órgano de producción jurídica, es conducir a la *equivocada noción de supremacía del ordenamiento nacional sobre el de los Estados miembros y el de estos sobre el de los Municipios*<sup>1311</sup>. Las distintas funciones que cumplen los principios de jerarquía y de competencia modulan la relación entre los ordenamientos.

En el primer caso, la función jerárquica da origen a una estructura vertical de normas en la que el fundamento de validez de la norma inferior está en la supremacía de la inmediatamente superior. En esta concepción kelseniana las normas tienen una graduación, no se comunican, no interaccionan: son válidas o inválidas. En el segundo, la *estructura es horizontal*, las normas tienen virtud en sus ámbitos específicos y no se sitúan en una relación de validez o invalidez, se articulan, se comunican en conformidad con la materia o sectores a que están llamadas a regular. Por tanto, a la noción de supremacía se contrapone la noción de primacía de unas normas sobre otras. La norma que goza de primacía rige la cuestión y no invalida, sino que desplaza la norma concurrente.

El Tribunal Constitucional español respecto a este tema, tuvo ocasión de decir:

“Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infra ordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones”<sup>1312</sup>

Cuando observamos el Estado federal brasileño, en el que hay reglas constitucionales claras de distribución de competencia conforme a ámbitos demarcados a cada ente político, a nadie se le ocurriría sostener, con rigor técnico, que hay supremacía del ordenamiento federal sobre el estadual y de éste sobre el municipal. Lo que hay, en realidad, es una relación pautada en el respeto a zonas de competencias de cada ente político, cuyos límites materiales de acción están previamente adscritos por la propia Constitución. La aparente supremacía de la Unión sobre los Estados y hasta de éstos sobre los Municipios –una de esas ilusiones que el derecho produce– no reside en una supuesta jerarquía política, sino en la naturaleza de las funciones materiales, en la misión que cada ente debe desempeñar en el orden jurídico-político y que, en el plano jurídico, es traducido en la técnica de repartición de competencias orientadas por la unidad y el equilibrio federativo.

---

<sup>1311</sup> Es falsa la idea de jerarquía en tal situación; todo se resume en una cuestión de competencia, de actuación dentro de la respectiva órbita de atribución de cada ente político. Dice Veloso: “En la esfera de la competencia municipal, es la ley local que prevalece, desplazando la ley estatal y también la ley federal que tengan invadido este espacio reservado. Es inconstitucional, por ejemplo, la norma de la propia Constitución de Estado que haya regulado asunto pertinente a la competencia exclusiva municipal, al interés local de la comunidad, que solo podría ser tratado válidamente por ley orgánica o por la legislación ordinaria del Municipio. Pero la legislación municipal, obviamente, tiene que obedecer a los principios establecidos en la Constitución Federal y en la Constitución del respectivo Estado-miembro (Zeno VELOSO, ob. cit. pp. 352-353).

<sup>1312</sup> DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, en consulta formulada por el Gobierno del Estado acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española en los artículos I-6, II-111 e II-112 del Tratado por que se establece una Constitución para Europa.

La *autonomía* de los entes federativos, cuyo reparto de poderes es el punto nuclear del concepto de Estado Federal, jamás subsistiría si la Unión pudiera ejercer potestad legislativa en las áreas reservadas por la Constitución a los Estados y Municipios invocando su soberanía, concepto negativo relacionado con el ámbito internacional, para operar frente a entes políticos internos en relación a los cuales la soberanía, a tales efectos, no tiene aplicación<sup>1313</sup>.

Al respecto señala Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“La autonomía presupone una división de competencias. El poder de disponer obligatoriamente (la competencia) es repartido entre la Unión (el Poder Central) y los Estados (el poder regional), excepcionalmente con poderes locales-municipios. Esta repartición se da por dos técnicas principales. La primera es la de la reserva de materias a la Unión o a los Estados, de ahí competencias reservadas o exclusivas de la Unión o de los Estados. En este caso, solamente quien recibió la competencia puede disponer sobre la materia, con exclusión de cualquier otro. De ahí, por ejemplo, el poder constituido de la Unión no puede invadir la esfera de competencia de los Estados, so pena de inconstitucionalidad. Esta técnica es llamada de reparto horizontal, porque separa competencias como si separase sectores en el horizonte gubernamental.

A veces, la misma materia es dejada al alcance de uno (Unión) o de otro (Estados); se dice que tienen competencia concurrente. La competencia de los Estados, en ciertas hipótesis, sólo existe antes o en la falta de manifestación de la Unión; es, por ello, una competencia suplidora.

Otra técnica, llamada de reparto vertical, consiste en distinguir niveles en relación a determinada materia. Atribuye, pues, la misma materia a la Unión y a los Estados pero en niveles diferentes que se superponen. Así, por ejemplo, a la Unión, si da la determinación de directrices y bases o la fijación de normas generales, y a los Estados en su desdoblamiento y complementación; en esto caso suele decirse que el Estado tiene competencia complementar”<sup>1314</sup>.

Uno ejemplo gráfico del que se acaba de exponer es lo que ocurre en la situación contemplada en el Art. 24, par. 3º y 4º de la CF, cuyas normas, autorizando a los Estados miembros a legislar plenamente en ausencia de ley federal sobre normas generales, en el ámbito de la legislación concurrente, suspende la eficacia de la ley estadual en el caso de superveniencia de ley federal en aquello que le sea contrario. Se tiene en la hipótesis un criterio de solución de conflictos basado en la competencia legislativa superveniente, no porque haya jerarquía de la Unión federal, sino porque el campo “normas generales” se introduce en la competencia legislativa típica de aquél ente normante, campo éste que sólo puede ser ocupado por los Estados miembros ante la inercia legislativa de la Unión. Una vez ejercida la potestad legislativa por el ente primigeniamente competente, queda simplemente alejada la eficacia de la norma estatal de carácter general, no nula, pues que ésta hubiera sido aprobada y entrara regularmente en el

---

<sup>1313</sup> José Afonso da SILVA recuerda la distinción entre soberanía y autonomía: “La soberanía consiste en la autodeterminación plena, nunca dirigida por determinaciones jurídicas extrínsecas a la voluntad del soberano, que es el pueblo en su expresión nacional, mientras la autonomía, como poder propio dentro de un círculo trazado por otro, presupone al mismo tiempo una zona de autodeterminación, que es lo propiamente autónomo, y un conjunto de limitaciones y determinaciones jurídicas extrínsecas, que es lo heterónomo. La zona de autodeterminación y el conjunto de limitaciones son impuestos por la Constitución Federal, que asegura a los Estados la capacidad de auto-organizarse por Constitución propia, observados los principios de ésta (*Curso de direito constitucional positivo*, 16ª ed., Malheiros, São Paulo, 1999, p. 592).

<sup>1314</sup> Ob. cit. pp. 43-44.

sistema jurídico conforme la constitución<sup>1315</sup>. Suponiendo que la Unión viniera posteriormente a revocar esta ley de carácter general sin más, no habría dudas de que la ley estadual, que estaba privada de eficacia, no nula, debería recobrar eficacia *ex nunc* regulando la materia.

Siendo la categoría jurídica *competencia* el centro de gravedad en torno del cual se estructura la relación entre ordenamientos jurídicos del Estado federal –donde no hay supremacía entre entes políticos igualmente autónomos por decisión constitucional – la jerarquía entre los productos normativos, la ley federal sobre leyes estatales y de éstas sobre las municipales, no es criterio apto para solventar conflictos entre normas oriundas de diferentes fuentes y potestades. En un enfrentamiento entre ley federal y ley estadual tanto una como otra podrán ser igualmente válidas, si la norma es editada en obediencia a la competencia y en los límites que la Constitución Federal adscribe al ente normante para regular la materia en cuestión, lo que no ocurriría si el criterio determinante fuera el de jerarquía, ya que, en tal supuesto, la ley federal, proviniendo de un ente de autoridad superior, siempre desplegaría una fuerza irresistible sobre la ley estadual anulándola. A la misma conclusión se llegaría en el caso de un conflicto por referencia a las fuentes de las normas: las normas de fuentes más graduadas, ley complementar, ley ordinaria y reglamentos prevalecerían siempre sobre las de fuentes inferiores, lo que no es cierto, como hemos demostrado.

El acento, por tanto, está en la competencia que la Constitución asigna a cada ente político autónomo para crear sus normas. Así, la *inconstitucionalidad* no surge necesariamente de manera vertical de arriba a bajo, ya que el poder legislativo de la Unión no puede disponer sobre cualquier contenido debiendo observar el ámbito constitucional de competencia de los demás entes políticos, principal característica del régimen federativo. Por ello, el papel del tribunal en el ejercicio del control de constitucionalidad frente a conflictos normativos, producto de entes políticos diversos, frecuentemente será subsidiariamente un papel de *árbitro de conflictos competenciales*<sup>1316</sup> en que velará por que cada ente permanezca en su ámbito constitucional de producción del derecho<sup>1317</sup>.

Prevalece en el Supremo Tribunal Federal exactamente ese entendimiento, es decir, la inconstitucionalidad surge no por violación al principio de jerarquía entre las normas infra constitucionales, sino por vulneración a la competencia establecida por la Constitución<sup>1318</sup>.

---

<sup>1315</sup> Mientras la jerarquía se manifiesta por la superioridad de una orden y, por ende, de unas normas más fuertes sobre otras, evocando fuerza vertical, la primacía se manifiesta como simple criterio de preferencia en la aplicación de normas en un plano horizontalizado, en que no hay la noción de subordinación, pero antes de complementariedad y colaboración.

<sup>1316</sup> No se habla aquí de la función típica de resolución de “causas o conflictos entre la Unión y los Estados, la Unión y el Distrito Federal, o entre unos y otros, incluso las respectivas entidades de la administración indirecta”, competencia originaria del STF prevista en el Art. 102, I, letra f, CF, sino de la acción de control de constitucionalidad de ley o acto normativo federal o estadual, del mismo Art. 102, I, letra a, CF, por medio de la cual el STF puede cumplir esa función pacificadora de litigio manifestado en normas.

<sup>1317</sup> El ejemplo que Zeno ofrece es bastante gráfico: “imaginemos los casos en que la ley federal instituya región metropolitana en determinado Estado-miembro, o suprima Distrito en un Municipio. Tales materias son de competencia, respectivamente, del Estado-miembro y del Municipio (CF, Arbs. 25, par. 3º, y 30, IV). Las leyes locales editadas sobre esos asuntos, por tanto, dentro del ámbito de competencia de los mencionados entes federativos, prevalecerán sobre la regla federal, que, en los ejemplos dados, perpetró una invasión de competencia, ferió el equilibrio federativo, está impregnada de inconstitucionalidad, no es válida (Ob. cit. p. 330).

<sup>1318</sup> ADI 1.503, voto del Min. Maurício CORRÊA, DJ 18/05/01. En el sentido de la inconstitucionalidad de ley ordinaria que invade campo asignado a ley complementar, el juzgado del STF *in* RTJ 105/194.

Ahora bien, dada la autonomía legislativa en tres niveles en el Estado brasileño, donde hay alta cantidad de entes político-administrativos, con sus veintiséis estados, un distrito federal y millares de municipios, todos con capacidad de producción normativa, pudiendo ellos emitir no solamente leyes formales sino también variadas especies normativas, podría representar *serios riesgos a la garantía de la Constitución Federal*, incluso, mermar la propia capacidad de respuesta del órgano encargado de la jurisdicción, el Supremo Tribunal Federal, acaso si siguiese un modelo de jurisdicción constitucional concentrado único y exclusivo en aquella Corte Suprema, órgano de cúpula del Poder Judicial, localizado en la capital Brasilia.

Por ello, además de la garantía que proporciona la estructura federal<sup>1319</sup>, la Constitución, coherentemente con la autonomía inherente a la forma federativa de Estado, hay optado por crear, en el campo del control abstracto de constitucionalidad de las leyes y actos normativos, *una doble estructura de jurisdicción: en el nivel federal y en el nivel de los estados miembros*, fenómeno relativamente nuevo, que presenta aspectos bastante peculiares y no enteramente asimilados por la cultura jurídica brasileña.

Así que, aparte el sistema de control abstracto de competencia del Supremo Tribunal Federal (Art. 102, I, CF), previó la Constitución Federal en su artículo 125 que *los Estados organizarán su Justicia, observados los principios establecidos en esta Constitución. Par. 1º La Competencia de los tribunales será definida en la Constitución del Estado, siendo la ley de organización judicial de iniciativa del Tribunal de Justicia. Par. 2º Cabe a los Estados la institución de representación de inconstitucionalidad de leyes y actos normativos estaduais o municipales frente a la Constitución del Estado, vedada la atribución de legitimación para actuar a uno único órgano.*

A ejemplo del modelo alemán, la Constitución Federal ha previsto *un subsistema*<sup>1320</sup> de jurisdicción de control de constitucionalidad en el modo abstracto, con parámetro de control constitucional propio –la Constitución del Estado miembro-, un sujeto de control específico – el Tribunal de Justicia de los estados-, un objeto de control determinado – leyes o actos normativos estaduais y municipales- con legitimación y reglas de proceso igualmente propias, establecidas en ley específica de iniciativa de los tribunales de justicia estaduais. El Distrito Federal se cuenta también en este subsistema, ya que, de acuerdo con la ley nº 8.185, de 4 de mayo de 1991, con la redacción de la ley nº 9.868, de 10 de noviembre de 1989, instituyó representación de inconstitucionalidad de actos normativos distritales frente a la Ley Orgánica Distrital, que es su parámetro constitucional propio.

---

<sup>1319</sup> La estructura federal es un elemento esencial de garantía de la Constitución, porque “se trata de una división vertical de poderes que tiene también por objeto el equilibrio y control de fuerzas, que no sólo se manifiesta en el juego de fuerzas político, sino también en la conservación del orden constitucional. Ello es válido en ambas direcciones: Los *Lander* intervienen a través del Consejo Federal en la formación de la voluntad federal; ante violaciones de la Constitución pueden recurrir ante el Tribunal Constitucional Federal. Y a la inversa, la Federación puede cooperar en la observación de la Constitución por parte de los *Lander*. El vínculo de la ‘fidelidad federal’ tiene además la función de ‘unir más estrechamente bajo el orden jurídico constitucional común a las partes’, mutuamente dependientes, del Estado Federal...” (STERN, Klaus, *Derecho de la república federal alemana*, CEC, Madrid, 1997, pp. 374-375).

<sup>1320</sup> Regina Maria Macedo Nery FERRARI afirma: “La Constitución del Estado-miembro no es más que un subsistema, disponiendo el artículo 125 de la Constitución que “Los Estados se organizan y se rigen por la Constitución y las leyes que adoptaren, observados los principios de esta Constitución” (*Controle da constitucionalidade das leis municipais*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p.91).

Al innovar el sistema de control abstracto de normas y profundizar la *autonomía* a favor de los Estados miembros, la Constitución<sup>1321</sup> promueve una política de *descentralización de la Jurisdicción constitucional* en el campo del control abstracto, antes monopolizado en el Supremo Tribunal Federal. Tal estrategia, sumada a la ampliación de los legitimados para el control en el plano federal y la propia creación de la acción declaratoria de constitucionalidad y la acción de inconstitucionalidad por omisión, junto con otros instrumentos indirectos de control de legitimidad de normas, se orienta hacia una reducción del ámbito del control de constitucionalidad por la vía difusa<sup>1322</sup>.

Esta doble estructura del control abstracto en el régimen federativo brasileño plantea *cuestiones peculiares de relación entre el sistema general de control y el subsistema de los estados miembros*. Es posible concluir que del mismo modo que la descentralización de competencias es inherente al Estado Federal y se hacen imprescindibles reglas claras de coordinación y articulación entre los entes federados, estas exigencias cobran todavía más sentido respecto a la descentralización de la jurisdicción de control abstracto de constitucionalidad.

El problema adquiere *visibilidad* cuando se tiene en cuenta que parte de las materias objeto de control en los tribunales de los estados es también pasible de control en el Supremo Tribunal Federal en la vía de control abstracto; además, algunos supuestos del control abstracto que los estados ejercen sobre sus objetos de control son enjuiciados a la luz de parámetro materialmente idéntico al establecido en la Constitución Federal, algunos de ellos escritos en la Carta de los estados miembros por imposición de la Carta Federal.

Así que, a pesar de procederse a un importante reparto de poderes jurisdiccionales en *dos niveles de control abstracto*, la Constitución no ha previsto mecanismos específicos de *articulación* entre el subsistema y el sistema general de control de constitucionalidad que pudiera, de un lado, prevenir o solucionar eventuales *conflictos de competencia* y, de otra, fortalecer el llamado diálogo de los tribunales en busca de perfeccionamiento de los criterios de interpretación sobre el alcance o límites de la jurisdicción de control en el ámbito de los Estados miembros.

El particular problema que suscita discusiones en la doctrina brasileña en el universo de cuestiones derivadas de la concurrencia de jurisdicciones de control de constitucionalidad en abstracto sobre normas estatales está relacionado con la existencia de *dos parámetros de control sobre un mismo objeto*, fenómeno no suficientemente estudiado. Es de lo que trataremos en seguida.

## **2) La duplicidad de parámetros constitucionales de control: principales problemas derivados de la concurrencia de jurisdicción**

---

<sup>1321</sup> Se habla de innovación constitucional porque antes, la EC 16/1965, previó, en el Art. 124, XIII, de la Carta de 1946, que: “la ley podrá establecer proceso de competencia originaria del Tribunal de Justicia, para declaración de inconstitucionalidad de ley o acto del Municipio en conflicto con la Constitución del Estado”. Es decir, sólo se contemplaba la posibilidad de control abstracto de norma municipal –no estadual- y desde que ley federal así disciplinara, lo que nunca ocurrió.

<sup>1322</sup> El crecimiento del ámbito de control concentrado en el Brasil, que tiene inicio con la Enmienda Constitucional 16, de 26.11.1965 y que introdujo la representación de inconstitucionalidad ante el STF, más allá de las acciones procesales directas de control *in abstracto* mencionadas en el texto, se traduce en: la reclamación para la preservación de la competencia y garantía de la autoridad de las decisiones del STF, (Art. 102, I, L, CF), por medio de la cual el STF puede avocar proceso de control de constitucionalidad de normas que repute de su competencia y decidir sobre el fondo de la cuestión constitucional; y la alegación de incumplimiento de precepto fundamental *decurrente* de la Constitución (Art. 102, III, par. 1º, CF).

El artículo 102, de la Constitución Federal establece: *Compete al Supremo Tribunal Federal, precipuamente, la guardia de la Constitución, cabiéndole: I-procesar y juzgar, originariamente: a) la acción directa de inconstitucionalidad de ley y acto normativo federal o estadual y la acción declaratoria de constitucionalidad de ley y acto normativo federal.*

En el plano estadual, la Constitución Federal, como ya hemos apuntado, crea un subsistema de control de constitucionalidad al autorizar a los Estados la *institución de representación de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos estaduais y municipales frente a la Constitución Estadual, vedada la atribución de la legitimación para actuar a un único órgano* (Art. 125, par. 2º, CF).

El campo de actuación del subsistema, como se observa, es **el control abstracto de normas estaduais y municipales por ofensa a la Constitución del Estado**, mientras el campo de la jurisdicción de control de constitucionalidad de competencia del Supremo Tribunal Federal es el que se refiere a toda y a cualquier ofensa a la **Constitución Federal** por ley o acto normativo federal o *estadual*. Como puede verse, el campo de la jurisdicción general es más dilatado y *contiene* parte del objeto de control perteneciente al subsistema, cual sea, *las normas estaduais*, que están a un tiempo sometidas a dos jurisdicciones distintas. Se crea, de esto modo, *una zona común* de actuación de dos tribunales sobre un mismo objeto.

Sobre las normas del poder estadual se creyó, por tanto, la posibilidad de un **doble control** mediante la fijación de **doble parámetro constitucional**, algo que no se da en relación a las normas producidas por el Municipio, pues éstas sólo pueden ser controladas, en el modo abstracto, dentro del subsistema<sup>1323</sup> y, claro, también por la vía del control difuso<sup>1324</sup>. Así, una norma del estado miembro tanto puede vulnerar la Constitución del estado como puede vulnerar la Constitución Federal al mismo tiempo.

De esta duplicidad de parámetros de control<sup>1325</sup> hay una concurrencia de jurisdicciones de control de constitucionalidad *in abstracto*<sup>1326</sup> sobre un mismo objeto.

<sup>1323</sup> La Constitución Federal, en su artículo 102, I, sólo prevé la competencia de control abstracto del STF para “ley o acto normativo federal o estatal”; y en el Art. 125, par. 2º, autoriza la creación de la jurisdicción estatal de control sobre las leyes y actos normativos estatales y municipales frente a la Constitución del Estado. En Brasil no hay, por tanto, control abstracto de leyes y actos municipales frente a la Constitución Federal. Las normas municipales, por tanto, son objeto de control en el subsistema, el que se explica por el elevado número de Municipios en el país.

<sup>1324</sup> “Si tratando de ley municipal, el control de constitucionalidad se hace por el sistema difuso — y no concentrado — o sea, apenas en el juicio de casos concretos, con eficacia *inter partes* y no *erga omnes*, cuando confrontado el acto normativo local con la Constitución Federal. El control de constitucionalidad concentrado, en este caso, solamente será posible frente a la Constitución de los Estados, si ocurriera la hipótesis prevista en el § 2º del Art. 125 de la Constitución Federal.” (STF-ADI 209, Rel. Min. Sydney SANCHES, DJ 11/09/98, fuente: www.stf.gov.br).

<sup>1325</sup> En Alemania, en donde hay también doble jurisdicción de control en el modo abstracto, hay concurrencia de jurisdicción por los mismos motivos; sin embargo, mientras allí el parámetro para el ejercicio de control por el *Bundesverfassungsgericht* es la Constitución Federal y las leyes federales (BVerfGE 6:382; BVerfGE, 11:94) y el parámetro para el control ejercido por un *Landesverfassungsgericht* es sólo la Constitución estadual, en nuestro sistema el parámetro de control de constitucionalidad por el STF es únicamente la Constitución Federal y el parámetro en el subsistema es únicamente la Constitución estadual (Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, ob. cit. p. 217).

<sup>1326</sup> También Celso Ribeiro BASTOS distingue los dos sistemas de control abstracto: “tenemos un sistema mayor donde el Supremo Tribunal Federal cuida del control de la constitucionalidad de las normas y actos federales y estatales frente a la Constitución Federal. Y, en la esfera estadual, otro sistema concentrado que controla la constitucionalidad de las normas y actos municipales y estatales frente a la Constitución de los Estados, por tanto, un microsistema de control de constitucionalidad” (*Curso de direito constitucional*, 11ª ed., Saraiva, São Paulo, 1989, 411).



Concurren el STF, como guardia de toda la Constitución Federal, y los Tribunales de Justicia de los Estados como guardianes de la Carta estadual que, por su vez deben respetar los principios constitucionales explícitos e implícitos en la Constitución Federal.

Pero, como ni la Constitución ni la ley han regulado los límites de esa concurrencia jurisdiccional, tampoco habiendo fijado regla de *preferencia* o de *primacía* de una sobre otra, es posible que sean instauradas dos acciones directas concomitantes sobre una misma norma estadual en los dos tribunales. Los diversos legitimados en el plano federal<sup>1327</sup> – que no son coincidentes con los del plano estadual- y los legitimados en el Estado pueden accionar directamente las instancias competentes de control sin cualquier restricción procesal.

La entera libertad que poseen los legitimados para impugnar una norma estadual en el Supremo Tribunal Federal directamente, incluso sin observancia de plazo – no existente en el control abstracto brasileño- e independientemente de que haya sido o no instaurada acción directa de inconstitucionalidad ante el Tribunal de Justicia del Estado sobre la misma norma, posibilita el trámite, en paralelo, de acciones procesales de objeto idéntico y, consecuentemente, conflictos decisorios.

Aunque es cierto que “la existencia de las jurisdicciones estaduais y federal confiere al perjudicado una doble protección, sea cuando el acto es incompatible con disposiciones federales y estatales materialmente diversas, sea cuando viole preceptos concordantes de la Constitución Federal o de la Carta Estatal”<sup>1328</sup> – lo que es particularmente visible en tema de derechos subjetivos-, la posibilidad de que una ley o acto estadual sea considerado inconstitucional por un tribunal y constitucional por otro es un problema que supera cualquier argumento de ventaja y, además, representa exactamente la consecuencia que el control concentrado intenta evitar.

En verdad, la simple posibilidad de que una norma estadual no cuestionada en el Estado que la produce por estar en conformidad con la Constitución del Estado pueda ser enjuiciada libremente en otro tribunal e, incluso, tener su eficacia suspendida por una decisión cautelar liminar del Supremo Tribunal Federal, pudiendo paralizar parte del ordenamiento estatal, es factor de inseguridad para el sistema jurídico.

Pero, todavía más grave es el supuesto inverso: si acaso el Tribunal de Justicia declara inconstitucional una norma y la expulsa del ordenamiento estadual, tras el transito en juzgado de esta sentencia, sin que se hubiera interpuesto recurso extraordinario o reclamación al STF, la Corte Suprema quedaría inexorablemente vinculada a aquella decisión del tribunal inferior y, por ende, no podría decidir en sentido contrario en recursos extraordinarios que hubiesen sido manejados anteriormente contra decisiones de inconstitucionalidad de la misma norma en la vía del control difuso. Y, por supuesto, también en la vía del control concentrado, porque, anulada la norma, el Supremo Tribunal no tendría poderes para hacer renacer una ley muerta, pese el eventual error de aquella decisión de inconstitucionalidad transitada en juzgado.

Es cierto que, para evitar tales contradicciones, el STF tiene determinado la suspensión del trámite de la acción directa propuesta en el Tribunal de Justicia sobre la

---

<sup>1327</sup> Son ellos: el Presidente de la República, las Mesas de la Cámara de los Diputados y del Senado, Mesa de Asamblea Legislativa de Estado o Cámara Legislativa del Distrito Federal, el Gobernador del Estado o del Distrito Federal, Procurador General de la República, el Consejo Federal de la Orden de los Abogados, los Partidos Políticos con representación en el Congreso Nacional, Confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional (Art. 103, CF).

<sup>1328</sup> Cf. PESTALOZZA, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários a lei n. 9.868, de 10-11-1999*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2005, p. 217.

misma norma cuando el parámetro de control es norma constitucional de reproducción obligatoria- e incluso en la parte en que el fundamento de la acción envuelve otros dispositivos de la Constitución del Estado miembro-, hasta el juicio del mérito de la acción directa de su competencia<sup>1329</sup>. Pero esa medida paliativa, es claro, no elimina el problema.

De este modo, la ausencia de criterios constitucionales – o legales- de demarcación del ámbito de la competencia en cada una de las dos jurisdicciones, en lo que respecta a los límites o extensión –material y temporal- sobre el objeto de control, ha posibilitado libre control por el Supremo Tribunal Federal sobre toda y cualquier norma estadual, sin cualquier condicionamiento, lo que lleva a una disminución y a un desequilibrio importante en la autonomía de las dos jurisdicciones. Como mínimo, menoscaba sensiblemente la razón de ser de la descentralización de la administración de la Justicia Constitucional.

Se identifica en la práctica una no diferenciación en los espacios de actuación del Tribunal de la Federación y de los Tribunales de los Estados miembros como si tratara de un único campo temático; de ello deriva una concurrencia de competencias disyuntivas en que aquella Corte permanece investida de poderes permanentes de control sobre los productos normativos de los Estados miembros, pudiendo controlarlos de modo originario – por la vía del control abstracto- y por la vía de recurso extraordinario. Es decir, el Supremo Tribunal Federal tanto ejerce su función de tribunal constitucional propiamente dicha, cómo de órgano judicial de casación y revisión de la decisión proferida por los tribunales estaduais en las acciones directas de control de constitucionalidad.

El problema radica en la imposición hecha por la Constitución Federal a los Estados miembros de observar los principios constitucionales considerados fundamentales al Estado brasileño, tema del próximo apartado.

### **3) El problema de las normas constitucionales de absorción compulsoria por los Estados miembros**

Una consecuencia del modelo federativo de Estado es la exigencia de *unidad e igualdad* entre todos los entes. Los estados miembros en el Brasil se organizan y se rigen por su Constitución y leyes que adoptaren, pero observados los principios de la Constitución Federal (Art. 25, CF). El Estado miembro es un poder jurídicamente limitado por la Carta Federal<sup>1330</sup> que impone a todos, Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios,

---

<sup>1329</sup> “Suspensión de la acción directa en el ámbito estadual hasta el juicio del mérito de la que tramita ante el STF. (...) Verificada la reproducción obligatoria por la Carta Estadual (artículos 76, incisos I, II, IV, V e VI) de las disposiciones constantes de los incisos I, II, IV, V e VI del artículo 71 de la Constitución Federal, es del STF la competencia para juzgar la acción. (...) Si la ADI es propuesta inicialmente ante el Tribunal de Justicia local y la violación suscitada dice respecto a preceptos de la Carta de la República, de reproducción obligatoria por los Estados-Miembros, debe el Supremo Tribunal Federal, en esta parte, juzgar la acción, suspendiendo la de allá; si amén de las disposiciones constitucionales federales hay otros fundamentos envolviendo dispositivos de la Constitución del Estado, la acción allí en curso deberá ser sobrestada hasta que esta Corte juzgue en definitivo el mérito de la controversia.” (ADI 2.361-MC, Rel. Min. Maurício CORRÊA, DJ 01/08/03-fuente: www.stf.gov-br).

<sup>1330</sup> “...como enseña Anna Cândida da CUNHA FERRAZ, es un poder que nace, vive y actúa con fundamento en la Constitución Federal que le da sustento; es un poder, por tanto, sujeto a límites jurídicos, impuestos por la Constitución mayor”. Esas limitaciones son de dos ordenes: las Constituciones Estaduales no pueden contrariar la Constitución Federal (limitación negativa); las Constituciones Estaduales deben concretar en el ámbito territorial de su vigencia los preceptos, el espíritu y los fines de la Constitución Federal (limitación positiva)” (MENDES, Gilmar Ferreira, ob. cit. p. 225).

la competencia común de velar por la guardia de la Constitución, de las leyes y de las instituciones democráticas (Art. 23, I, CF).

Entre los principios constitucionales a ser observados por los Estados miembros están los llamados “principios sensibles”, así denominados en la doctrina por ser de percepción evidente, manifiestos en el texto constitucional y porque, si acaso contrariados, provocan reacción vigorosa del sistema de defensa constitucional. Son los que imponen: a) la forma republicana, sistema representativo y régimen democrático; b) derechos de la persona humana; c) autonomía municipal; d) prestación de cuentas de la administración pública directa y indirecta; e) aplicación del mínimo exigido de los ingresos resultantes de impuestos estatales, comprendida la proveniente de transferencias, en la manutención y desarrollo de la enseñanza y en las acciones y servicios públicos de salud” (Art. 34, VII, CF).

Aparte de estos, hay muchos otros principios y reglas constitucionales de aplicación a los estados miembros, que limitan su autonomía de organización. Además, incluso en lo que respecta al poder de tributar la Constitución Federal impone a los estados severas limitaciones, dejando un margen bastante estrecho al legislador constituyente del Estado, otra característica de las federaciones actuales<sup>1331</sup>.

Ahora bien, la finalidad de *unidad e igualdad* entre todos los entes federados la Constitución intenta alcanzar mediante la imposición de observancia obligatoria de los principios constitucionales, especialmente en los llamados principios sensibles, cuya desobediencia implica, incluso, la *intervención de la Unión en los Estados y de estos en los Municipios*<sup>1332</sup>. Se entiende que los principios pueden o no constar en el texto de las Constituciones estatales, pero serán siempre impuestos a los Estados, hecho que plantea dudas sobre la naturaleza de esas normas que, si desde el punto de vista formal son normas de la Constitución del estado miembro cuando son reproducidas en su texto, desde el punto de vista material serían normas de la Constitución Federal y, por tanto, no serían normas jurídicas aptas para servir como parámetro y permitir el control de constitucionalidad abstracto en el ámbito de los estados.

El Supremo Tribunal Federal, al enjuiciar la Reclamación n. 370-MT, relator Min. Octavio Gallotti, el 11.12.1991<sup>1333</sup>, decidió que faltaría a los Tribunales de Justicia estatales competencia para conocer de la representación de inconstitucionalidad de ley

---

<sup>1331</sup> El que se tiene verificado en la práctica, dice Zeno VELOSO, “tanto en el Brasil como en otras federaciones, es una excesiva expansión de las prerrogativas, de las funciones, de las competencias, en fin, de los poderes de la Unión, en detrimento de otras unidades federadas” (ob. cit. p. 331). La Carta de 88 no ha conseguido resolver el problema de la concentración de poderes. Para Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, la competencia estadual es, frente la competencia de la Unión, como hacen fe los artículos 21 y 22 de la Constitución, de las más reducidas, sea en extensión, sea en importancia, concluyendo: Aparece en eso una señal segura e inofismable de la centralización de que sufre el federalismo brasileño”. Y prosigue Zeno: “Esto es lamentable y preocupante, no sólo porque la centralización exacerbada hiere el equilibrio que debe existir entre los entes federativos, también se presta al surgimiento de gobiernos autoritarios” (ob.cit. p. 331-332).

<sup>1332</sup> Art. 34. La Unión no intervendrá en los Estados ni en el Distrito Federal, excepto para: (...), VII-asegurar la observancia de los siguientes principios constitucionales: a) forma republicana, sistema representativo y régimen democrático; b) derechos de la persona humana; c) autonomía municipal; d) prestación de cuentas de la administración pública, directa e indirecta; e) aplicación de lo mínimo exigido del ingreso resultante de impuestos estatales, comprendida la proveniente de transferencias, en la manutención y desarrollo del ensino y en las acciones y servicios públicos de salud”. Art. 35. El Estado no intervendrá en sus Municipios, ni la Unión en los Municipios localizados en Territorio Federal, excepto cuando: (...); IV- el Tribunal de Justicia diere proveimiento en la representación para asegurar la observancia de principios indicados en la Constitución Federal, o para proveer la ejecución de ley, de ordene o de decisión judicial”.

<sup>1333</sup> DJU de 20.4.1992.

estadual o municipal frente a parámetros –formalmente- estaduales, pero *sustancialmente* integrantes del orden constitucional federal.

Según el Tribunal, el texto reproducido en la Constitución del Estado “no obstante la forma de su proposición normativa de su enunciado, vale por la simple explicitación de la absorción compulsoria del precepto federal, esa, la norma verdadera, que extrae fuerza de su recepción por el ordenamiento local, exclusivamente, de la supremacía jerárquica absoluta de la Constitución Federal”<sup>1334</sup>. Luego, acciones directas promovidas con base en tales parámetros contenidos en la Constitución del Estado miembro son, en verdad, acciones directas frente a la Constitución Federal.

Este entendimiento, al no reconocer como jurídicas las normas reproducidas en la Constitución estadual por mandamiento de la Constitución Federal, conducía, en la práctica, a negar el sentido de la creación del *subsistema* de control abstracto pues, como hemos apuntado, son muchos los principios constitucionales y reglas de observancia obligadas por el Estado miembro, quedándole un margen de producción normativa originaria –de nivel constitucional o ordinario- muy pequeño, de manera que, prevaleciendo tal enfoque restrictivo, pocas serían las disposiciones que podrían servir como parámetro constitucional genuinamente estadual.

La consecuencia de tal entendimiento sería, además de disminuir sensiblemente la jurisdicción de control abstracto en el nivel de los Estados miembros, una concentración creciente y todavía mayor de la competencia del Supremo Tribunal Federal, hoy todavía saturada, lo que contribuiría para el aumento de su grave crisis de productividad. La interpretación, pues, no prestigiaba la opción constitucional descentralizadora.

El Supremo Tribunal Federal, en el enjuiciamiento de la Reclamación n. 383-SP., en que fue relator el Ministro Moreira Alves, cambió aquella interpretación asentando la plena juridicidad de las normas constitucionales estaduales que reproducen las normas centrales de la Constitución Federal.

El Ministro relator puso de manifiesto el equívoco de aquel entendimiento que consideraba sustancialmente federal el principio constitucional reproducido en la Constitución del Estado. Conforme el relator, “esas normas son normas jurídicas, y tienen eficacia en su ámbito de actuación, hasta para permitir la utilización de los medios procesales de tutela de ese ámbito (como el recurso especial, en lo tocante al artículo 6º de la ley de introducción al Código Civil, y las acciones directas de inconstitucionalidad frente a la Constitución estadual)”<sup>1335</sup>.

En efecto, el nuevo posicionamiento del Supremo Tribunal en la cuestión refuerza la posición aquí mantenida en el sentido de que el propósito de la norma del artículo 125 par. 2º de la Constitución Federal es claramente el de deferir a los Estados la facultad de crear un sistema propio de control de constitucionalidad en la vía abstracta, un sistema que, limitado lógicamente por los principios constitucionales de observancia

---

<sup>1334</sup> La tesis de la ociosidad de la norma reproducida, conforme Gilmar Ferreira MENDES, olvidaba que el mandamiento constitucional del Art. 34, VII, CF, al imponer a los estados la observancia obligatoria de los llamados principios sensibles, sancionaba la omisión con la intervención de la Unión; es decir, se trata de un precepto constitucional que obliga y sanciona como cualquier norma jurídica (ob. cit. p. 222). Nos parece, sin embargo, que lo que se defendía en la tesis es que las normas eran ociosas en cuanto normas constitucionales estaduales porque serían de obligada absorción, no porque no poseyeran eficacia. Sólo no tendrían eficacia jurídica como parámetro de control de constitucionalidad; es la paradoja: no serían jurídicas porque están impuestas por la Constitución a los Estados, pero con base en ellas sí podría sancionar la ruptura del orden constitucional e incluso intervenir en el Estado.

<sup>1335</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, p. 74.

compulsoria por todos los entes federativos, se inserta en el sistema general, con relación al que debe mantener conexión, comunicación y *autonomía*.

Es la propia noción de Estado Federal que postula la consecuente autonomía de los Estados miembros en la actividad de control de constitucionalidad *in abstracto* de las leyes municipales y de sus propios actos y leyes frente al texto de su Constitución<sup>1336</sup>, aunque no haya obligatoriedad de adopción del subsistema por parte de los Estados miembros. Y la extensión de esa autonomía viene demarcada precisamente por la reproducción de los principios constitucionales considerados por el legislador constituyente como necesarios al equilibrio federativo. Fuera de ese contenido mínimo fundamental, los estados son libres para crear sus normas constitucionales.

Por medio del *transplante de normas centrales de la Carta Federal a la de los estados se garantiza una uniformidad en el patrón de control constitucional* y se asegura, de igual suerte, la *comunicación entre el sistema general y el subsistema* en la medida en que, de las decisiones proferidas por los Tribunales de Justicia de los Estados, en sede de control abstracto sobre normas estatales y municipales, siempre queda abierta al legitimado la vía de recurso extraordinario para el Supremo Tribunal Federal, pues cualquiera que sea el sentido de la decisión, podría implicar una utilización errónea o una usurpación del poder de juzgar sobre la legitimidad de las normas y, consecuentemente, habría en ello una contrariedad a la Constitución Federal que la Corte Suprema debe impedir.

De no existir alguna limitación a los estados, pudiendo ellos establecer libremente sus normas constitucionales y organizar su Justicia sin que estuviesen obligados a respetar principios constitucionales, entonces ya no se podría hablar de *subsistema* porque, pudiendo darse el hecho de que una Constitución estatal no contuviera ninguna norma idéntica a la de la Carta Federal, en caso de una norma estatal o municipal que contraviniera sólo la Constitución Estatal, no habría un supuesto de vulneración directa a la Constitución Federal, de manera que el interesado no podría recurrir extraordinariamente a la Suprema Corte Federal de las decisiones proferidas por el Tribunal de Justicia de los Estados. En otras palabras: el control abstracto de constitucionalidad de las normas estatales y municipales en los estados podría convertirse, en tal caso, en un sistema independiente y no sujeto a control revisional alguno.

Así que, es por la necesidad de permitir comunicación y integración entre las jurisdicciones que la Constitución Federal impone la observancia de principios constitucionales a los Estados miembros. Esta parece ser la razón por la que el Ministro Moreira Alves, en el voto que ha proferido en la Rcl. 383 antes mencionada, ha dicho que esta fórmula tiene la función de “dar sistema a la Carta estatal”, es decir, permitir que ésta se armonice con la Carta Federal.

Tal como ha señalado el Ministro Moreira Alves en su voto, en Alemania, donde existe el principio según el cual “el derecho federal tiene prioridad sobre el derecho estatal”, no se sigue referido principio en lo tocante a las normas constitucionales. La

---

<sup>1336</sup> Al respecto, sostiene MENDES, “...parece lícito enfatizar que la posibilidad de coexistencia entre jurisdicciones constitucionales federal y estatal presupone, en una estructura federativa, expresa previsión constitucional y una definición del parámetro de control (*Kontrollmaßstab*). Asimismo, cuando las disposiciones de los textos constitucionales federal y estatal tuvieran idéntico contenido, se ha de admitir la autonomía de los pronunciamientos jurisdiccionales de la Corte Federal o del tribunal estatal” (*Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, p. 71).

Corte Constitucional decidió, el 29 de enero de 1974<sup>1337</sup> que este principio no se aplicaba a las normas constitucionales, y que, por lo tanto, cuando una norma local cuya constitucionalidad podría ser examinada frente a una Constitución estadual o de la Constitución federal por contener ambas normas de contenidos iguales, el control de constitucionalidad (que allá es siempre concentrado) podría ser provocado ante la Corte Constitucional estadual o ante la Corte Constitucional Federal, habiendo, por tanto, doble garantía constitucional, conforme al parámetro invocado en la provocación: control frente a la Constitución Estadual o control frente a la Constitución Federal.

En otras palabras, la Corte Constitucional alemán ha impedido el vaciamiento del contenido de las Constituciones estaduais – que están sometidas, tanto como las constituciones de los estados brasileños, a los principios esenciales fundamentales- y, por ende, ha preservado el sistema de control de constitucionalidad en el ámbito de los Lander.

En nuestro sistema el principio de primacía del derecho federal sobre el de los Estados miembros deviene resuelto, como hemos visto, en las propias reglas de distribución de competencias concurrentes entre la Unión y los Estados miembros mediante la técnica de reparto vertical en que se distingue niveles en relación a determinada materia. Se atribuye la misma materia a la Unión y a los Estados pero en niveles diferentes que se superponen. Así, a la Unión cabe la determinación de directrices y bases o la fijación de normas generales y a los Estados el su desdoblamiento y complementación.

Por tanto, entre nosotros es la propia Constitución Federal la que asegura los espacios normativos de cada potestad en el ámbito de la competencia concurrente y, por ende, tutela de manera originaria la jurisdicción de control de los estados miembros sobre las normas de su ordenamiento.

En conclusión, la noción de que los principios constitucionales de observancia obligatoria por los Estados son “normas de reproducción” o “de absorción compulsoria”, no tiene virtualidad de restringir el control de constitucionalidad en el ámbito estadual. Por ello mismo, puesta la cuestión de la constitucionalidad de la norma estadual o municipal frente a la Constitución del Estado miembro, la acción directa deberá ser enjuiciada por el Tribunal de Justicia local, no siendo relevante el hecho del parámetro de control constitucional tener contenido idéntico al de la Carta Federal<sup>1338</sup>.

---

<sup>1337</sup> In *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 34, pp. 342-372, *apud* voto Min. MOREIRA ALVES, MENDES, Gilmar Ferreira, *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, p. 634. En cita hecha a Michel FROMONT, esclarece: “El artículo 31 de la Ley Fundamental consagra el adagio tradicional: el derecho de la federación tiene prioridad sobre el derecho de los Estados-miembros (*Bundesrecht bricht Landesrecht*). Este adagio se aplica sin gran dificultad a las leyes de los Estados. Pero el problema es más delicado en el que concierne al derecho constitucional de los Estados, cuando éste contiene reglas idénticas a las de la Constitución Federal. Aparentemente parece superfluo resolver el conflicto entre dos normas de contenido idéntico. Eso es exacto en el plano del fondo del derecho, pero no sobre el de las competencias jurisdiccionales. En efecto, si la disposición constitucional del Estado continúa en vigor, ella podrá ser invocada en apoyo de un proceso llevado al Tribunal constitucional de ese Estado. Al contrario, si ella deja de estar en vigor, ella ya no puede ser invocada ante ese Tribunal y entonces sólo la regla federal del mismo contenido puede ser invocada, pero ello no podrá serlo sino ante la Corte Constitucional Federal. La primera solución tiene la ventaja de no privar las jurisdicciones constitucionales de los Estados de una parte de sus contenciosos (porque las Constituciones de los Estados contienen numerosas disposiciones idénticas a las de la Ley Fundamental). La segunda tiene la ventaja de evitar el riesgo de divergencia entre las interpretaciones dadas por dos tribunales diversos a dos reglas diferentes, pero de contenido idéntico...” (Ob. cit. p. 635).

<sup>1338</sup> A partir de la mencionada Reclamación 383/SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES, el STF, en el RE 161.390-4/AL, juzgado en 31.05.1994, en que fue relator el Min. Sepúlveda PERTENCE, siguiendo aquella

#### 4) El recurso extraordinario para el Supremo Tribunal Federal: el elemento de articulación entre el subsistema y el sistema federal de control

Las consideraciones anteriores conducen lógicamente a la idea de un mecanismo o un elemento necesario de articulación entre *el subsistema* y *el sistema federal de control de constitucionalidad en la vía abstracta*. Cuando se habla de sistema la noción de limitación, de fronteras y relaciones internas en sus componentes sobresalen inmediatamente, sobre todo si tratamos de un sistema dinámico, en el que los elementos interactúan entre sí y siguen la función propia que le está asignada.

Si es correcta la premisa de que hay un *subsistema*, es del todo evidente la necesidad de algún mecanismo que permita establecer un punto de ligación, de conexión y articulación entre este *subsistema* y el *sistema* a que pertenece, de modo a conferirles funcionalidad.

El control de constitucionalidad en abstracto o en tesis –como suele llamarse en el Brasil– tiene naturaleza política, aunque el Tribunal esté sometido al método jurídico en el proceso de decisión, porque se orienta al control de legitimidad de los actos de los poderes políticos que son igualmente productos políticos por excelencia. Esta competencia de control está asignada al Supremo Tribunal Federal, a quién la Constitución Federal atribuye la misión de guardia de la Constitución, fijando su competencia originaria para procesar y juzgar las diversas acciones procesales ya mencionadas.

Al otorgar autorización a los estados para que instituyan su *subsistema* de control en vía abstracta, respecto a parámetros de la Carta estadual, la Constitución Federal les confiere poderes limitados a las normas estaduais y municipales; es decir, prefijados la materia y el parámetro constitucional en el ámbito territorial estadual, la jurisdicción de control estadual no puede alejarse; su competencia, como un plexo de poderes-deberes, sólo puede ejercerse en aquellos términos y con fiel observancia a los principios constitucionales de observancia obligatoria (Art. 125 *caput*, CF).

Parece lógico que el Supremo Tribunal Federal, en su misión de máximo guardia de la Constitución, tiene el cometido de fiscalizar el regular ejercicio de ese poder de control por parte de los Tribunales de Justicia de los Estados. Es decir, su posición de guardia y máximo intérprete de la Constitución Federal se extiende sobre todo el ámbito nacional, en el cual está integrado, por supuesto, el subsistema de control de constitucionalidad<sup>1339</sup>.

---

orientación, entendió que cabía acción directa de inconstitucionalidad de ley municipal ante el Tribunal de Justicia local, fundada en la violación de preceptos de la Constitución del Estado miembro, aunque se cuide de reproducción compulsoria de normas de la Constitución de la República (Cf. Zeno VELOSO, ob. cit. pp. 357).

<sup>1339</sup> Los conceptos de *soberanía* y *autonomía* son inconfundibles. Mientras el Estado Federal es el único *soberano* – calidad máxima del poder que no acepta concurrencia, funcionando como una potencia – la *puissance* de que nos habla Raymond CARRÉ DE MALBERG – no admitiendo gradaciones, ni tampoco otra fuerza que le sea superior (*Contribution à la théorie générale de L'Etat*, Paris, Sirey, 1920, t. 1, p. 70) – la *autonomía* se insiere en la soberanía, es siempre un poder limitado, la capacidad de editar normas dentro de un círculo preestablecido por la Constitución Federal; aunque, como ha advertido Paul LABAND, “presupone el poder de derecho público no soberano, en virtud de derecho propio y no de una delegación, para establecer normas jurídicas obligatorias (*Le droit public del L'Empire Allemand*, Paris, Giard & Brière, 1900, t. 1, p. 178) (Cfr. BULOS, Uadi Lammego, Constitución anotada, 7ª ed., Saraiva, São Paulo, 2007, p. 580). La analogía con el tema de la relación entre el STF y los tribunales de justicia de los estados es posible: mientras el STF es el órgano jurisdiccional soberano, en el ámbito del control abstracto de constitucionalidad sobre el derecho producido por la Unión y por los Estados miembros, estos poseen derecho propio al ejercicio de la jurisdicción de control abstracto sobre sus normas y de los municipios frente

Su función fiscalizadora es bastante amplia. Y el instrumento de tal control, el punto de ligazón entre el subsistema y el sistema constitucional general, es el **recurso extraordinario**, previsto en el artículo 102, III, letras a, b, y c, de la Constitución Federal.

Tal competencia, siendo de tipo recursal devuelve al STF en plenitud toda la materia discutida en la decisión recurrida. El objeto del recurso será, aparte de la propia interpretación de la Constitución, el de saber si ha sido regular y correcto el ejercicio del poder de control de legitimidad de las normas por parte del tribunal recurrido. Ello porque lo que estará en juego, al fin y al cabo, es la defensa del orden constitucional total traducido en el respecto al modelo federativo impuesto por la Constitución Federal a todos los entes federativos, fundamento del poder de que disponen los estados para controlar la legitimidad constitucional de sus normas y de las normas municipales.

Podrá la Corte Suprema enjuiciar en la vía recursal el control sobre esa competencia en dos planos distintos: el primero en la verificación sobre si **el parámetro de la Constitución estadual es conforme el mandamiento constitucional** que impone la observancia de los principios constitucionales obligatorios, el segundo sobre el propio fondo de la cuestión constitucional, esto es, si la interpretación llevada a efecto por el Tribunal de Justicia es contraria o no a la Constitución Federal.

El primer plano o nivel de valoración se presenta como aspecto preliminar, porque el problema jurídico puede residir en la forma del parámetro de la Constitución Estadual o en la interpretación que de ellos haga el Tribunal estadual<sup>1340</sup>. No sería imposible, incluso, que una norma estadual fuese incompatible con la Carta Estadual y compatible con la Carta Federal por deficiente o equivocada formalización o interpretación del parámetro. Por ello, si la decisión recurrida respeta la Carta Estadual pero la norma constitucional que ha servido de parámetro de control no es conforme a la Constitución Federal, el Supremo Tribunal, al conocer el recurso extraordinario debe corregir la decisión para adecuar el parámetro de la Constitución del Estado a la Carta Magna. Parece evidente que en tal supuesto, si la norma impugnada no vulnera la Constitución Federal, es válida y así debe considerar la Corte Suprema<sup>1341</sup>.

Esta posibilidad fue resaltada por el Ministro Moreira Alves en la referida Reclamación n. 383. Ha dicho el eminente Ministro del Supremo Tribunal Federal:

“Tanto en la acción directa de inconstitucionalidad frente a la Constitución Federal ante el Supremo Tribunal Federal como en la acción directa de inconstitucionalidad frente a la Constitución estadual ante el Tribunal de Justicia, puede

---

a su Constitución, desde que lo hagan con respecto al círculo previamente establecido (los principios obligatorios) por la Constitución Federal.

<sup>1340</sup> Entiende Michel TEMER que el Supremo Tribunal Federal no puede controlar la constitucionalidad de acto normativo estadual frente a la Constitución del Estado, ya que “se trata de materia local que, en razón del pacto federal, será decidida por los órganos del Poder del Estado”. Conforme sostenemos en el texto, la competencia recursal del STF le autoriza no solo rescindir el juzgado recurrido, sino reemplazarlo. Para tanto, no estando limitado al pedido, deberá incidir sobre la interpretación del tribunal estadual y ésta puede importar en violación a la Constitución Federal. Si el STF no dispone de competencia originaria para enjuiciar actos o normas estaduais y municipales frente a la Constitución del estado, sin embargo en sede de recurso extraordinario dispone de amplios poderes de revisión, pues el objeto del recurso es la “decisión recurrida” que contraría la Constitución Federal (Art. 102, III, letra a, CF).

<sup>1341</sup> Esa sería la hipótesis típica de una situación inconstitucional en la que la inconstitucionalidad no reside en la norma objeto de control, sino en el parámetro utilizado. Sin embargo, habida cuenta de que se trata de competencia recursal, nada impide al STF declarar la inconstitucionalidad de la norma constitucional de oficio, manteniendo la norma ordinaria como válida, cuya decisión tendrá efectos *erga omnes*. Y así es porque se trata de un proceso de naturaleza objetiva en que no si siguen, entre otros, los rígidos principios de la demanda y *tantum devolutum quanto apelatum* del proceso civil.



surgir la cuestión – que es siempre federal- de que *la norma constitucional federal o estadual, que llevará a la declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada*, sea inconstitucional. En efecto, ¿en acción directa propuesta ante esta Corte frente a la Constitución Federal, no podrá ella declarar incidentemente que la enmienda constitucional que introdujo en la Constitución Federal el precepto que es incompatible con el acto normativo atacado es que es inconstitucional, por defecto formal en el proceso legislativo observado, o por violación de la cláusula pétrea? Es claro que podrá, pues sería inadmisibles que el Supremo Tribunal Federal, para imponer la observancia de la Constitución, no pudiera declarar inconstitucional lo que realmente lo fuera (el principio en ella introducido inconstitucionalmente), y hubiera de tener como inconstitucional la norma infra constitucional que, en verdad, no infringió la Constitución.

Puede decirse que el objeto del recurso extraordinario en esta hipótesis comprende, por tanto, dos aspectos: el que se refiere a la forma de institución del patrón constitucional de control y la forma de interpretación y aplicación<sup>1342</sup> de las normas constitucionales propiamente dichas. Ejemplo de abordaje sobre el primer aspecto es lo decidido en el Recurso Extraordinario nº 92.169/SP, en el que fue relator el Ministro Cunha Peixoto, publicado en 18.12.1981, en el que el STF consideró inconstitucional los preceptos de la Constitución del Estado de Sao Paulo<sup>1343</sup>, es decir, anuló el propio parámetro de control.

Es el papel del Tribunal Supremo como guardia de la Constitución, el encargado o “un comisionado del poder constituyente”, como ha dicho Rubio Llorente, que le impone enjuiciar, en sede de recurso extraordinario, de la validez del ejercicio de la competencia que la Constitución otorgó de manera condicionada a los estados. Y para el fiel cumplimiento de esa responsabilidad constitucional la Constitución no impone a la Corte la limitación de observar los dispositivos constitucionales apuntados por las partes, tampoco reduce el ámbito de su actividad interpretativa<sup>1344</sup>, dada la naturaleza objetiva del proceso.

En tal sentido concluyo el Ministro Moreira Alves:

“Siendo así, en las acciones directas de inconstitucionalidad estaduais en que la ley municipal o estadual sea considerada inconstitucional frente al precepto de la Constitución del Estado que reproduzca el precepto central de la Constitución Federal, nada impide que en esa acción se impugne, como inconstitucional, la interpretación que se dé al precepto de reproducción existente en la Constitución del Estado por ser ella violadora de la norma reproducida, que no puede ser incumplida en la federación por los

---

<sup>1342</sup> Esta comprensión es manifestada por Gilmar Ferreira MENDES: “Ora, si existen principios de reproducción obligatoria por el Estado miembro, no sólo su positivación en el ámbito del ordenamiento jurídico estadual, como también su aplicación por parte de la administración o del Judiciario estadual, puede revelarse inadecuada, desajustada o incompatible con el orden constitucional federal. En esto caso, no hay como dejar de reconocer la posibilidad de que se someta la controversia constitucional estadual al Supremo Tribunal Federal (*Moreira Alves e o control de constitucionalidade no Brasil*, p. 77).

<sup>1343</sup> “Inconstitucionalidad de ley municipal mediante acción directa intentada ante el Tribunal de Justicia – imposibilidad. Inconstitucionalidad de la expresión “inconstitucionalidad e” del art. 54, inciso I, letra e, de la Constitución del Estado de São Paulo. Legitimidad del Ministerio Público para interponer el recurso extraordinario. Recurso extremo regularmente fundamentado. Recurso extraordinario conocido y proveído, juzgándose extinto el proceso. (Rec. Extraordinario nº 92.169/SP. Tribunal Pleno. Relator: Ministro CUNHA PEIXOTO. Recurrente: Ministerio Público Estadual. Recorridos: Prefeitura Municipal de São Paulo y Procurador General del Estado de São Paulo. DJ: 18.12.1981; RTJ: 103/1085-1117).

<sup>1344</sup> El STF actúa con plena libertad interpretativa, pudiendo declarar la inconstitucionalidad del parámetro constitucional federal reproducido en la Constitución del Estado miembro tanto formal (por errores de forma en el texto), cómo material (por el sentido que de él provenga), bien así de la norma impugnada.

diversos niveles de gobierno. Y la cuestión vendrá a esta Corte, como, de este modo, ha venido, en los varios recursos extraordinarios interpuestos en acciones directas de inconstitucionalidad de leyes locales frente a la Constitución Federal enjuiciadas en las Cortes locales, a cuestión de la imposibilidad jurídica de esas alegaciones (RREE 91740, 93088 y 92169, que fueron todos conocidos y proveídos)”<sup>1345</sup>.

La noción de que el recurso extraordinario figura como *elemento* de *articulación* entre el *subsistema* y el *sistema de control de constitucionalidad* de leyes y actos normativos se basa en el hecho de que, por su intermedio, el Tribunal Supremo funciona de manera irrestricta, ejerciendo no sólo un juicio de casación sobre la decisión recurrida, por eventuales errores de interpretación, sino también ejerciendo un control sobre el propio texto de la Constitución del Estado, pudiendo decidir sobre el fondo de la cuestión a fin de velar por la regularidad del ejercicio del poder de control de legitimidad de normas y actos normativos que la Constitución Federal entregó a los estados.

El Supremo Tribunal, en el ámbito del recurso extraordinario, no simplemente rescinde o anula la decisión recurrida, sino que la reemplaza, enjuiciando la cuestión como si se tratara de una acción originaria de su competencia, cuya decisión tendrá efectos *erga omnes*, puesto que se trata de un proceso de naturaleza objetiva. Es indudable que en el supuesto de que el juicio del Supremo Tribunal recaiga sobre el parámetro de control de la Constitución estadual no hay control sobre la ley o acto normativo, objeto de la acción originaria, sino sobre la correcta adopción o interpretación de la norma constitucional federal.

En tal situación, podría decirse que el Supremo Tribunal juzga cosa diversa de la requerida en la acción, “fuera del pedido” – que visaba anular ley o acto inconstitucional frente a la Constitución del estado miembro -. Ello, con todo, sólo pone de manifiesto las peculiaridades del control de constitucionalidad, cuyo proceso, de naturaleza objetiva, no guarda correspondencia rigurosa con las categorías del proceso civil.

Debe tenerse en cuenta que el Supremo Tribunal- como casi todos los tribunales constitucionales- no actúa de oficio y, por tanto, nunca tendría ocasión de conjurar una inconstitucionalidad substancial, generadora de otras potenciales inconstitucionalidades en el interior de un ordenamiento estadual, si no tuviera poderes para controlar la causa eficiente de la ofensa a la Constitución Federal.

Ahora bien, la EC 045/2004, ha introducido en el ámbito del recurso extraordinario una *condición o presupuesto procesal*, llamada *repercusión general*, con el objetivo de racionalizar y restringir la actuación del Supremo Tribunal Federal a aquellos procesos que efectivamente presenten entidad bastante como para justificar la actuación de un Tribunal Constitucional.

El párrafo 3º añadido por referida enmienda constitucional al Art. 102 de La Constitución Federal de 1988, dispone que: *en el recurso extraordinario el recurrente deberá demostrar la repercusión general de las cuestiones constitucionales discutidas en el caso, en los términos de la ley, a fin de que el Tribunal examine la admisión del recurso, solamente pudiendo rechazarlo por la manifestación de dos tercios de sus miembros*<sup>1346</sup>.

En la regulación de esa regla constitucional la ley nº 11.418, de 2006, al introducir el Art. 543-A en el Código de Proceso Civil brasileño, ha concretado los

<sup>1345</sup> Recl. 383, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 147, p. 404 (451-452), Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, Saraiva, São Paulo, 2004, pp. 79-80.

<sup>1346</sup> El *quorum* calificado de 2/3 (dos tercios) es igual a ocho Ministros del total de once. Si entiende que no alcanzado ese quórum la cuestión de la repercusión general estará admitida.

criterios por los que se pueden llegar a definir la repercusión general. Su párrafo 1º dispone: § 1º- *Para efecto de la repercusión general, se deberá considerar la existencia, o no, de cuestiones relevantes desde el punto de vista económico, político, social o jurídico, que ultrapasen los intereses subjetivos de la causa.*

De un modo simplificado, puede decirse que esta condición especial o *presupuesto* del recurso extraordinario constituye una especie de autorización para que el STF deje de apreciar recursos extraordinarios que no tengan mayores implicaciones para el conjunto de la sociedad. Es decir, a semejanza del *writ of certiorari* de los norteamericanos, el Tribunal tendría un cierto margen de discreción para recusar el examen de casos de escasa o ninguna transcendencia, con el que se quiere impedir que millares de recursos lleguen a ser apreciados por la última instancia del Poder Judicial.

Referida exigencia responde a la necesidad de delimitar la competencia del STF en el recurso extraordinario que tanto tutela intereses subjetivos muy concretos de las partes, sin proyección para amén del círculo de intereses de las personas envueltas en el litigio, cuanto puede presentar, por la naturaleza de la materia constitucional, un interés que vaya mas allá de aquel ámbito meramente personal, llegando a repercutir en otros tipos de relaciones jurídicas que conviene sean desde luego prevenidas mediante mecanismo de uniformización cuanto a la interpretación constitucional.

La inmensa mayoría de los recursos extraordinarios que llegan al STF devienen de decisiones judiciales producidas en el ámbito del control difuso de constitucionalidad, retratando cuestiones individuales muy concretas siendo este, lógicamente, el blanco de la reforma constitucional<sup>1347</sup>. Son cuestiones de naturaleza subjetiva que pueden tener, o no, transcendencia desde el punto de vista económico, político, social o jurídico más allá de los intereses de las partes procesales<sup>1348</sup>.

Así que, si el juicio sobre la relevancia de la cuestión constitucional depende de los reflejos que la cuestión constitucional puede tener en cualquier de las dimensiones enunciadas, nos parece que, en el supuesto de recurso extraordinario interpuesto de decisión proferida por Tribunal de Justicia estadual en el control abstracto de constitucionalidad siempre habrá repercusión general, dada la naturaleza objetiva de la

---

<sup>1347</sup> Desde la introducción del presupuesto de la repercusión general, millares de autos de recursos extraordinarios ya no suben necesariamente al STF, están sobrestados en los tribunales de origen aguardando decisiones en recursos que versan la misma cuestión constitucional. Tan pronto el STF decida el caso paradigma, la decisión se extiende a todos los demás por simples aplicación. De acuerdo con la Ministra Ellen GRACIE, 132 asuntos ya fueron sometidos al plenario virtual, 106 materias tuvieron reconocida la repercusión general y 30.408 procesos han retornado a la instancia anterior tras el reconocimiento (fuente: [www.stf.jus.br-noticias](http://www.stf.jus.br-noticias) en 12.11.2008).

<sup>1348</sup> La inmensa cantidad de recursos extraordinarios repetitivos sobre una misma cuestión ahora se evita. La ministra Ellen GRACIE ha sostenido al propósito: “Para que la Casa no fuese más obligada a se manifestar centenas de veces sobre la misma materia, la repercusión general posibilitó, tras inclusión del proceso en el Plenario Virtual, tanto el sobrestamiento de los demás procesos que versan sobre aquel tema como la aplicación, por los tribunales *a quo*, de la decisión emanada del Supremo Tribunal Federal a los demás recursos” (fuente: [www.stf.jus.br-Noticias](http://www.stf.jus.br-Noticias), en 12.11.2008). El Plenario Virtual referido por la Ministra consiste en el procedimiento previsto en el art. 323 y siguientes del RISTF, según el cual el relator someterá, por medio eletrônico, a los demás ministros, copia de su manifestación sobre la existencia o no de repercusión general, y, tras la manifestación de todos en el plazo de veinte días, si fuera admitida la repercusión, el relator juzgará monocráticamente el recurso o pedirá día para el juzgamiento, después del parecer del Procurador-General de la República.

norma objeto de control y el propio significado de la decisión del STF<sup>1349</sup> para el ordenamiento jurídico.

Parece evidente la repercusión jurídica de decisiones judiciales de control de constitucionalidad abstracto concentrado sobre leyes o actos normativos, dada la aptitud que poseen de seguir produciendo daños al ordenamiento jurídico constitucional. Los intereses subyacentes en un recurso de tales sentencias son evidentemente trascendentes, incluso porque son adoptadas en *proceso de naturaleza objetiva*, donde siempre hay intereses públicos en juego.

Así, nos parece, siempre que se cuide de un recurso extraordinario en tal supuesto el Supremo Tribunal Federal, guardián y máximo interprete de la Constitución Federal, deberá admitirlo a trámite al efecto de fiscalizar el correcto uso que los Tribunales de los estados hagan de su competencia jurisdiccional de control concentrado, único medio instrumental de articulación entre el sistema y el subsistema de control permitiendo asegurar la unidad de la Constitución en el Estado Federal<sup>1350</sup>.

En nuestro entendimiento, la repercusión general en el recurso extraordinario es intrínseca a la naturaleza de la materia planteada y decidida en el *control abstracto concentrado* de constitucionalidad por los tribunales estatales dada las implicaciones que las sentencias pueden presentar, incluso como medio de tutelar los principios de la unidad y armonía en el pacto federativo.

## **5) El ámbito del control de constitucionalidad en la acción directa de normas estatales de competencia del STF**

Una cuestión que se plantea es si el Supremo Tribunal Federal, teniendo la responsabilidad de fiscalizar, por medio del recurso extraordinario, el regular ejercicio por parte de los estados miembros de la competencia de control jurisdiccional de constitucionalidad, conservaría - o debería conservar- la misma amplitud en su actividad de control de constitucionalidad concentrado, o si, por el contrario, el ejercicio de esa competencia podría sufrir alguno tipo de retraimiento.

Es la propia naturaleza política de la jurisdicción de control de constitucionalidad en abstracto que justifica una postura metodológica de interpretación estricta en cuanto a los límites o extensión competencial, en los términos expresos en la propia Constitución.

Nos parece que una competencia concurrente –entendida la competencia como poderes-deberes- postula, por sí mismo, elementos de coordinación entre los sectores a efecto de delimitar el campo de su intervención y evitar la superposición de órdenes de uno sobre el otro, so pena de disfunciones e inseguridad jurídica.

---

<sup>1349</sup> El párrafo 3° del artículo 543-A del CPC prevé: “Habrán repercusión general siempre que el recurso impugnar decisión contraria a sumula o jurisprudencia dominante del Tribunal”. Ello porque, evidentemente, el cambio de la jurisprudencia afecta a todos en general. Por identidad de razones, si el recurso impugna la propia ley o acto normativo estadual, por inconstitucional, la repercusión general estará presente siempre por los propios efectos generales de las normas impugnadas.

<sup>1350</sup> Es indudoso que, por el mecanismo de la repercusión general, el STF puede desarrollar mejor su función institucional de “dar normas” a los demás jueces y tribunales, incluso con sumulas vinculantes. En el recurso extraordinario sacado de las sentencias de los tribunales de justicia estadual en el ámbito del control abstracto de constitucionalidad, esa función institucional presenta mayor relevancia, pues es de la naturaleza del Estado Federal que muchas cuestiones constitucionales se repitan en diferentes estados, exigiendo uniformidad de interpretación.

El sector que detiene *competencias totales*, por ser general e incidir sobre el todo del sistema jurídico-político, frente al sector dotado de *competencias parciales* y específicas pero *concurrentes*, no las puede ejercer sin contraste por la sencilla razón de que, en el límite, su actuación eliminaría *ipso facto* la competencia parcial, representando la propia negación de la noción de concurrencia. El contraste efectivo entre ambos sectores es lo que confiere significado a la competencia concurrente y se concreta en un criterio de *primacía* de un sector o de un orden sobre el otro en situaciones determinadas.

Ese contraste entre los sectores aparece de manera nítida en el derecho alemán, donde se reconoce que en consecuencia de la opción por el principio federal los espacios constitucionales de la Federación y de los Lander se contraponen de forma fundamentalmente autónoma<sup>1351</sup>. La Constitución Federal y las Constituciones de los Lander existen independientemente las unas de las otras; se aplican, como ha dicho el Tribunal Constitucional Federal, “en espacios fundamentalmente separados”<sup>1352</sup>.

La posición final del Supremo Tribunal Federal, como guardia e intérprete último de la Constitución Federal, remite a la lógica de la escala jerárquica de los grados de jurisdicción propia de los tribunales. Situándose en la cúspide de la pirámide judicial, su misión se cumple fundamentalmente por defensa de los principios y valores constitucionales en una perspectiva amplia. Realiza función estructurante<sup>1353</sup>, es decir, provee la adecuación y armonización del ordenamiento jurídico, consonante su lógica interna y sus propios comandos relacionados a la estructura normativa adoptada.

En la función de control de constitucionalidad de normas – función nuclear del tribunal constitucional en la concepción de Petrucci y García de Enterría – el STF realiza esa tarea estructurante precisamente en lo que se refiere al control del respeto a la jerarquía y a la distribución de competencias<sup>1354</sup>. De ahí que, dada su condición de “garante” del régimen federativo y, por supuesto, de fiscal de la propia jurisdicción de control de constitucionalidad por parte de los tribunales de justicia de los Estados, su actuación debe restringirse, de forma compatible, en el nivel suficiente para garantizar el *funcionamiento eficaz y la articulación del sistema general y estadual de control de constitucionalidad*, incluso como último fiscal de los tribunales inferiores<sup>1355</sup> sin, por otro lado, abdicar de su competencia originaria.

---

<sup>1351</sup> “Los Lander en cuanto miembros del Estado Federal tienen un poder soberano propio – si bien materialmente limitado –, no un poder derivado de la Federación, sino un poder de soberanía estatal por ella reconocido. A su ámbito pertenece la configuración del orden constitucional en el Land en tanto se mantenga dentro del marco del art. 28.1 de la LFB. En especial la determinación de las reglas de acuerdo con las cuales se regulan la constitución de los órganos constitucionales del Land, sus funciones y sus competencias, es competencia exclusiva del Land”. (STERN, Klaus, *Derecho del Estado de la Republica Federal de Alemania*, CEC, Madrid, 1987, p. 119).

<sup>1352</sup> “El Derecho del Estado de los Lander está formulado principalmente en las Constituciones de los Lander. Puede contener “normas fundamentales del Land” no conocidas por el Derecho Constitucional de la Federación, o incluso algunas que difieren del Derecho Federal. “únicamente se exige un mínimo de homogeneidad entre la Constitución Federal y las Constituciones de los Lander” (STERN Klaus, ob. cit., pp. 118-119).

<sup>1353</sup> TAVARES, André Ramos, *Teoria da Justiça Constitucional*, Saraiva, 2005, p. 253.

<sup>1354</sup> Ídem, p. 254.

<sup>1355</sup> Conforme señala POSNER, “desde el momento en que se crearon los Tribunales Federales de Apelación, lo cual sucedió en 1891, el papel de la Corte Suprema comienza a transformarse. El ejercicio de la jurisdicción de apelación de ese máximo Tribunal será básicamente asegurar que la función de proveer reglas de los tribunales intermedios se realice en forma correcta, consistente y con determinados parámetros de uniformidad. Ello, según este autor, justifica que la Corte puede ejercer su jurisdicción de forma discrecional, ya que, por un lado, no se requiere que dicho máximo tribunal controle la juridicidad de las decisiones de los jueces de primera instancia; esta cuestión pasó a ser una tarea de los tribunales intermedios y, por el otro, la

En ese nivel de actuación principiológica en el sistema de impartición de justicia sobrelleva el *papel institucional* de la Corte Suprema como proveedor de directrices y reglas vinculantes para todo el sistema<sup>1356</sup>, como punto de convergencia y elemento unificador del derecho constitucional, reservándose el Tribunal para las cuestiones centrales del constitucionalismo, evitando conocer cuestiones que, muchas veces, no presentan trascendencia que justifique la intervención de un Tribunal Constitucional.

En este sentido una tendencia inevitable, frente a la situación de casi inviabilidad a que llegó el máximo Tribunal brasileño, es la de ejercerse la función institucional de manera más efectiva mediante la adopción de postura que asegure la articulación necesaria entre el *subsistema* y el *sistema general* de control de constitucionalidad concentrado y restrinja el conocimiento de acciones directas contra normas estatales a situaciones excepcionales.

Tal restricción, además, se funda en la exigencia de impedir contradicciones internas y obtener un funcionamiento práctico dentro de los sistemas de control, contradicciones que se pueden verificar en dos situaciones objetivas: a) cuando la norma declarada inconstitucional por el Tribunal de Justicia del Estado frente la Constitución estadual, con efecto *erga omnes*, torna insubsistente cualquier proceso tramitado ante el Supremo Tribunal Federal teniendo por objeto la misma norma; b) cuando la declaración de inconstitucionalidad de la norma estadual, por el STF, frente la Constitución Federal torna insubsistente o sin objeto eventual alegación pertinente a la misma norma, requerida ante la Corte estadual en acción directa.

Pero, más problemática aún es la situación en que hayan sido instauradas acciones directas, ante tribunal de justicia local y ante el Supremo Tribunal Federal en contra de ley o acto normativo estadual frente a parámetros de la Constitución estadual y de la Constitución Federal de contenido idéntico. Se indaga, ¿si la Corte federal afirma la constitucionalidad del acto impugnado frente al parámetro federal, podrá el tribunal estadual, posteriormente, considerarlo inconstitucional frente al parámetro estadual de contenido idéntico?

La respuesta más sencilla es no. Sin embargo, no siempre las soluciones más simples son las correctas. Como ya se ha señalado, si es cierto que la causa de pedir, correspondiente a las normas de la Constitución invocadas por el autor, es determinante para el fin de fijar la competencia del órgano juzgador, sin embargo no es vinculante para el tribunal, que podrá juzgar y declarar la inconstitucionalidad de la norma con base en

---

necesidad de una tercera instancia de revisión sólo se justifica por razones distintas y de alguna forma “independientes” de la justicia del caso concreto. El constatar que existen tales “razones” queda en discreción del máximo Tribunal” (*apud* MAGALONI, A., ob. cit. p. 46).

<sup>1356</sup> A ejemplo de la Suprema Corte norteamericana, el STF posee competencias como órgano de última instancia del Poder Judicial, ejerciendo, además de competencias penales originales, “jurisdicción de apelación”, funcionando muchas veces como “tercera instancia” de revisión de decisiones de tribunales inferiores (de los tribunales de los Estados miembros y hasta del Superior Tribunal de Justicia, el máximo órgano de defensa del derecho objetivo), aunque sólo mediante el examine de la constitucionalidad de la decisión. Pero, al lado de esa función correctora de los errores cometidos por los tribunales, su función más noble, la que caracteriza un Tribunal Constitucional es la llamada función institucional, por la cual los tribunales se ocupan de proveer reglas para la sociedad y hacia el futuro. Es cierto que en los Estados Unidos referida función es mucho más visible, dado que, por el instituto del *stare decisis*, todos los jueces y tribunales se vinculan a sus fallos, y la circunstancia de que la Corte Suprema puede escoger el qué decidir mediante el instrumento del *certiorari*, que le confiere poderes discrecionales para entrar o no en el examen del recurso. Sin embargo, ello no significa que otros tribunales, como el STF, no ejerzan la misma función institucional.

otras disposiciones constitucionales e incluso por medio de una interpretación sistemática de todo el documento constitucional.

Es posible, de otra parte, que la norma sea considerada constitucional por el STF en base a un parámetro constitucional singular y, sin embargo, la misma norma, vista en una perspectiva más amplia, sistemática, incluso cuando haya una mudanza sustancial de relaciones fácticas y hasta la superveniencia de derecho constitucional del estado, sea inconstitucional.

Ello, que plantea problemas de efectividad y seguridad jurídica, ocurre no solo en razón del hecho de tratarse de dos órganos colegiados, interpretes distintos de la Constitución, sino también – y principalmente- porque ambos enjuician la norma en contextos constitucionales distintos, muchas veces con abstracción exagerada en relación a la realidad concreta de los estados.

El STF, no sólo admite que se puedan promover acciones simultaneas en tal caso, como hay entendido también que se debe suspender -en la hipótesis de tratarse de norma parámetro de control de reproducción obligatoria para los estados- el proceso en el ámbito de la Justicia estadual hasta la decisión definitiva de la Suprema Corte. Y, conforme el voto proferido por el Ministro Moreira Alves en la Reclamación 425-RJ, Rel. Ministro Neri da Silveira, la decisión del STF, que posee eficacia *erga omnes*, al declarar constitucional la norma impugnada se impondrá al Tribunal local cuanto a la norma constitucional de reproducción obligatoria, restringiendo, en esa parte, su objeto.

Esta propuesta, *data venia*, no parece inmune a críticas.

Es que la eficacia *erga omnes*, también aplicable a las decisiones declaratorias de constitucionalidad en el Brasil (Art. 102, par. 2º, CF y Art. 28 de la ley 9.868/99), se refiere a la parte dispositiva de la sentencia o *acórdão*<sup>1357</sup>. Si la norma estadual fue declarada válida en conformidad con el parámetro constitucional federal, el tema decidido en la especie es únicamente éste, que debe figurar en la parte dispositiva del *acórdão* por el STF y, por tanto, es él el que traduce la cuestión jurídico-constitucional efectivamente resuelta y que posee fuerza contra todos.

De ahí que ningún juez o tribunal pueda declarar la inconstitucionalidad de aquella norma frente a la Constitución Federal. Pero la validez y la vigencia de la norma siguen siendo las mismas de antes de la decisión, pudiendo el legislador, por ello, revocarla libremente y el propio Tribunal Supremo no estará impedido de enjuiciar su constitucionalidad en acción directa futura, al menos en razón de mudanzas de las circunstancias fácticas o de relevante alteración de concepciones jurídicas dominantes<sup>1358</sup>. Por ello mismo es que los tribunales, tradicionalmente, no se vinculan, en casos tales, a los fundamentos de sus decisiones anteriores<sup>1359</sup>.

Síguese de todo ello que la eficacia *erga omnes*, referida exclusivamente a lo decidido por el STF, se restringe a una confirmación de la legitimidad de la norma a la luz de la Carta de la República, justificando el control jurisdiccional por parte del tribunal local competente basado en todo el ordenamiento del Estado miembro y no solo con base a dispositivos constitucionales de carácter nacional.

<sup>1357</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 518.

<sup>1358</sup> Esta es la posición dominante en el derecho alemán, según Gilmar Ferreira MENDES, en cita a Hans BROX y BRYDE in *controle concentrado de constitucionalidade*, pp. 522-523.

<sup>1359</sup> La formula adoptada por la EC nº 03, de 1993, al art. 103, par- 4º, basada en el derecho alemán, excluye el efecto vinculante al propio STF, cf. MENDES, Gilmar Ferreira, ob. cit. pp. 533-534.

Así, como en la jurisdicción de control abstracto estadual el parámetro de control constitucional es propio –aunque el contenido pueda ser idéntico al de la Carta Federal – en principio no se podría impedir el referido control en el interior del subsistema, ya que, como hemos visto, la ofensa a la Constitución puede resultar no simplemente de un contraste entre la norma y un dispositivo constitucional aislado, sino también de una interpretación sistemática y contextual, incluso mediante sofisticadas y modernas técnicas interpretativas desarrolladas en la doctrina al propósito de asegurar mayor efectividad a las funciones políticas del Tribunal Constitucional.

De manera que, no habiendo reglas de preferencia de una sobre otra jurisdicción, nos parece cierto que el STF puede crearla al efecto de posicionarse, esencialmente, como tribunal de revisión de las decisiones de los tribunales estatales, evitando, tanto cuanto posible, proceder a un control de constitucionalidad originario y vertical ante toda alegación de inconstitucionalidad de norma estadual frente a la Constitución Federal antes que el juez natural – el Tribunal de Justicia local- haya tomado conocimiento y podido enjuiciar la cuestión en el primer nivel de control frente a la Constitución del Estado miembro.

El *principio de subsidiariedad* que debería seguirse en este tema, tanto viabiliza la competencia de control por la Corte Suprema como garantiza la competencia de los tribunales de justicia. El criterio del *agotamiento de la instancia*, podría ser útil al propósito, o sea, mientras no fuera juzgada la acción en el ámbito estadual no sería posible instaurar y tramitar acción directa originaria con el mismo objeto ante el STF.

La justificación de la tesis no requiere más que recordar que la Corte Suprema conserva en sus manos el poder de revisión de la decisión de nivel estatal por medio del *recurso extraordinario* de las partes legitimadas y por medio de la *reclamación* para la garantía de la autoridad de sus decisiones o la preservación de su competencia. Además, siempre que hubiere violación de un precepto constitucional fundamental por parte del poder público podrá el interesado argüir, en vía de control abstracto, el incumplimiento de este precepto, tal como autoriza el Art. 102, par.1º, de la Constitución Federal con la regulación que hace la ley 9.882, de 03.12.1999.

Si fuera posible un control directo de toda y cualquier norma estadual frente a la Carta Federal, por más sencilla que fuera, sin atenerse al hecho de haber sido o no instaurada acción directa con objeto idéntico en el *subsistema*, se produciría una *superposición* de la jurisdicción general en el *subsistema* estatal de control de constitucionalidad sin justificativa válida, conclusión que negaría la descentralización de jurisdicciones de control prevista en el artículo 125, Par. 2º de la Constitución Federal.

Además de ser inherente a la noción de descentralización la exigencia de definición de campos propios de actuación – principio adoptado en el Art. 24 par. 3º y 4º de la Constitución Federal para extremar los niveles de competencia concurrente entre la Unión y los Estados miembros, como se ha señalado -, la distinción por niveles en el ejercicio de la *competencia jurisdiccional concurrente* es la única solución plausible cuando se está delante una situación en que, aunque único el objeto de control, distintos o variados son los parámetros de control, otros son los legitimados, y distintas las causas de pedir.

Esta solución no es de todo ajena al STF, que tuvo ocasión de decidir, en la Reclamación-AgR. 596, de 14.11.96, ser del Tribunal de Justicia del Estado-miembro la competencia para enjuiciar acción directa de norma estatal contestada frente a la



Constitución del Estado en la hipótesis de ser el parámetro de control norma constitucional de reproducción obligatoria<sup>1360</sup> y su objeto más amplio que la acción de su competencia.

El principio de agotamiento de la instancia – largamente aplicable en el derecho internacional público – podría jugar importante papel en el sentido de regular el ejercicio de la concurrencia de jurisdicción de control por niveles. Al dificultarse que la cuestión de constitucionalidad sea llevada directamente a la Suprema Corte, no sólo se asegura mayor efectividad a la autonomía constitucional de los Estados miembros en un sector vital del derecho, sino que, sobretodo, confiere mejor seguridad jurídica al sistema de control concentrado de normas.

A un tiempo se coarta la posibilidad de contradicciones internas entre los sistemas, contribuyendo a minimizar considerablemente el exceso de demandas ante el STF, y se prioriza la vía de control recursal por medio del recurso extraordinario. Con ello, la Corte Suprema, trabajando sobre el producto de decisiones jurídico-políticas adoptadas bajo la óptica de los jueces más prójimos al contexto fáctico-jurídico, poseerán mejores condiciones de formular juicios más compatibles con la función institucional propia del control de constitucionalidad concentrado.

Sin embargo, no debe olvidarse que los legitimados en el plano federal – que no coinciden necesariamente con los legitimados en el plano estatal – poseen derecho propio de acción ante el STF contra el derecho estatal frente a la Carta federal y no parece posible impedirse el ejercicio de ese derecho/poder constitucional, incluso porque, de hecho, nadie garantiza que los legitimados promoverán la acción en el tribunal local o recurrirán a la Corte Suprema.

De hecho, lo que parece un factor problemático, en verdad no lo es. Primero porque lo que se propone no es la prohibición de la acción originaria ante el STF, sino sólo la *suspensión de la acción* eventualmente allá propuesta hasta que sobrevenga decisión en el tribunal local. La regla de *preferencia a favor de la jurisdicción de control estadual* implicaría revertir la sistemática actual; al contrario de suspender la acción del subsistema, suspender aquella si el objeto es lo mismo. Segundo porque, el mismo argumento es válido en el sentido inverso, es decir, la demanda ante el STF, al perjudicar la demanda estadual, impide el ejercicio de la acción por los legitimados en el ámbito del Estado miembro.

Pero ello puede traer cierta inestabilidad al sistema jurídico, ya que el retraso del juicio en los Tribunales de Justicia nos es poco y la pendencia de la cuestión podría eternizarse, lo que implicaría introducir algún mecanismo de celeridad en el trámite de la acción. En tal supuesto no hay más remedio que el STF *fijar plazo razonable* para decisión, sea de oficio, sea atendiendo a pedido de las partes, so pena de avocación y asunción de la competencia en grado sustitutivo.

---

<sup>1360</sup> “Control abstracto de constitucionalidad: curso simultáneo de ADI federal — perteneciente a algunos dispositivos de ley local — y de ADI estatal — que deduce la inconstitucionalidad formal de toda la ley: amplitud mayor del proceso estadual.” (ADI 2.146-MC, Rel. Min. Sepúlveda PERTENCE, DJ 13/04/00)  
“Reclamación. Competencia. Acción directa de inconstitucionalidad de ley estatal frente a norma de la Constitución del Estado, que constituye mera repetición de dispositivo de la Constitución Federal. Competencia del Tribunal de Justicia del Estado e no del STF, para procesar y juzgar originariamente la acción, en la hipótesis referida, cabiendo, entretanto, de la decisión definitiva de la Corte local, recurso extraordinario al Supremo Tribunal Federal, si la interpretación de la norma constitucional estadual, que reproduce la norma constitucional federal, de observancia obligatoria por el Estado-Miembro, contrariar el sentido y el alcance de esta. Precedentes del STF.” (Rel 596-AgR, Rel. Min. Néri da SILVEIRA, DJ 14/11/96).

Un supuesto que puede añadir dificultad, pero que tampoco es irremediable sería el de que no haya sido todavía propuesta la acción en el ámbito estadual. Tal situación no presentaría mayor trascendencia dada la circunstancia de que en nuestro derecho el **Ministerio Público**, cuya misión constitucional precisamente es la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales indisponibles, es uno de los legitimados cualificados para el ejercicio impersonal de la acción en todos los ámbitos de jurisdicción y, por tanto, podría ser provocado por la propia Suprema Corte a efecto de **promover**, ante el Tribunal de Justicia competente, **la acción** de control, fijándole determinado plazo.

Para terminar, a la vista de todo lo expuesto y considerando las recientes alteraciones introducidas en el sistema de control de constitucionalidad brasileño, que deben representar una mayor racionalización entre los modos de control difuso y concentrado y proporcionar mejor definición en la actividad de control de constitucionalidad en abstracto por los Tribunales de Justicia, pensamos que el papel del Supremo Tribunal Federal en cuanto Tribunal Constitucional se expande y gana un protagonismo todavía mayor.

Para contrarrestar la eventual centralización exclusivista derivada del aumento de los medios procesales de control concentrado en el STF, dada la eficacia *erga omnes* y efecto vinculante<sup>1361</sup> de sus sentencias en el control de constitucionalidad en abstracto, quizá sea necesario que la Corte Suprema, a partir de ahora, adopte posturas minimalistas<sup>1362</sup> y restrictivas, de manera que permita que, a través de la experiencia jurídica en el ámbito de los tribunales inferiores, haya una evolución local de las controversias constitucionales de competencia de éstos antes de que aquel máximo Tribunal entre a conocer de materias y problemas todavía no suficientemente debatidos en el ordenamiento estadual por otros cualificados intérpretes de la Constitución.

El **principio federativo**, cláusula pétrea en la Constitución Federal (Art. 60, par. 4º, I) y los objetivos de la República Federativa del Brasil, contenidos en el Art. 3º, de la Carta Magna **son los ejes** que deben servir de directrices, entre otros principios constitucionales, a la realización de la idea de promover, por la vía del derecho constitucional, la reducción de las inmensas desigualdades sociales y regionales, tarea política que en un ancho margen se perfecciona por medio de **la actividad de control de normas**<sup>1363</sup>.

---

<sup>1361</sup> Es evidente que el efecto vinculante de las decisiones del STF en el control concentrado, ahora ampliado sobremanera con la acción de incumplimiento a precepto fundamental, impondrá un alineamiento vertical necesario de sus fallos a todos los tribunales y autoridades del país; sus decisiones, frecuentemente creadoras, dado el objeto político de las normas y los factores extranormativos de las interpretaciones, impactan directamente en la sociedad y pasan a repercutir fuertemente sobre la libertad de interpretación de los demás tribunales también cualificados para proveer reglas en su ámbito de actuación pudiendo generar un anquilosamiento de la jurisprudencia.

<sup>1362</sup> Detrás de la opción entre una postura minimalista o maximalista subyace el problema de los límites y de la legitimidad de creación judicial del derecho. El poder normador, natural en todo acto interpretativo, gana potencialidad indiscutible en la voz de un Tribunal Constitucional. En la medida que aumenta el ámbito de su poder de normar, parece que debe disminuir su disposición para ir más allá de los contornos y límites del caso concreto. Encontrar el punto de equilibrio entre el resolver los problemas constitucionales, creando reglas generales, sin violar el principio democrático, parece ser el principal desafío a cualquier Tribunal Constitucional y, claro está, del STF.

<sup>1363</sup> Es precisamente el problema de la necesidad de cumplir los objetivos fundamentales de la República brasileña, dada la histórica concentración de renta, desigualdades sociales y regionales que se agudizan en el capitalismo globalizado, que justifica, en ocasiones, una postura maximalista por parte del STF, cumpliendo la función que el legislador no ha realizado, algo que sólo muy tímidamente se puede identificar en la praxis de aquel Tribunal. Pero, en la medida que se asegura el poder creativo de los tribunales inferiores en el

## CONCLUSIONES

El análisis de las instituciones que se han configurado como elementos centrales del presente trabajo de investigación ha permitido elaborar las siguientes conclusiones:

**PRIMERA.** El sistema de Justicia Constitucional como sistema de control de la constitucionalidad de las leyes y actos normativos con fuerza de ley se institucionaliza cuando adquiere carta de naturaleza la noción de la constitución como norma inequívocamente jurídica, cúspide del ordenamiento jurídico que vincula a todos los poderes públicos. En el *proceso de formación del control de constitucionalidad* se percibe claramente la necesidad de justificación de las leyes en su conformidad con valores superiores, necesidad explicitada en los presupuestos políticos de los modernos Estados Democráticos de Derecho.

Partiendo de esta premisa se articulan los dos modelos de Justicia Constitucional considerados clásicos en torno al concepto de control de constitucionalidad. El siglo de diferencia entre uno y otro responde, en términos generales, a la curiosa paradoja de que mientras la teoría de separación de funciones y poderes enunciado por Montesquieu sirvió para fundamentar el principio del control en el constitucionalismo americano, en el que fue el juez y no el legislador el que asumió el protagonismo, la misma noción fue la barrera que pospuso en Europa hasta la segunda década del siglo XX la configuración de un sistema de Justicia Constitucional al blindar al poder legislativo y a su obra, la ley, frente a cualquier posibilidad de control por parte de ningún otro poder.

**SEGUNDA.** El primero de los *modelos* clásicos de Justicia Constitucional, el *norteamericano*, responde en su configuración a las premisas del sistema jurídico anglosajón y en consecuencia se articula sobre la estructura de la creación judicial del derecho por los órganos jurisdiccionales y la *judicial review* como una función más dentro de la jurisdicción ordinaria o común; en definitiva, la organización judicial asume las funciones de justicia ordinaria y justicia constitucional.

Al vincular el control de constitucionalidad a un proceso ordinario en el que se inserta como una cuestión incidental, no se precisan estructuras procesales específicas ni los pronunciamientos de inconstitucionalidad tienen otro alcance que la inaplicación de la norma al caso concreto, aparte de la fuerza posterior que pueda tener la decisión como precedente.

**TERCERA.** El diseño original del *modelo austriaco-kelseniano*, basado en el mismo postulado de la supremacía normativa de la Constitución que sostiene el modelo de la *judicial review* pero inserto en un sistema jurídico radicalmente distinto, configura un Tribunal especial de control concentrado en función de una opción de política jurídica dirigida a la exclusión del juez profesional de la actividad de enjuiciamiento de la ley, es decir de la actividad del legislador, ante los riesgos que, a juicio de Kelsen, todavía

---

ámbito de control abstracto, con respecto a la autonomía federativa de los Estados miembros, podrá el Supremo Tribunal Federal restringirse cada vez más a una postura minimalista, pudiendo actuar con entera libertad para ajustar el contenido de su doctrina a los cambios sociales, políticos y económicos, fortaleciendo su posición en cuanto Tribunal Constitucional.

representaba la magistratura ordinaria influida por algunos sectores doctrinales en Alemania a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, concretamente los defensores de la “Escuela Libre del Derecho”.

La exclusividad con que el Tribunal Constitucional asume la función que se le encomienda frente al Poder Judicial supone la diferenciación de ambas funciones articulándose la de Justicia Constitucional con una *naturaleza expresamente constitucional* que necesita ser estructurada en base a una serie de instituciones procesales de nuevo cuño. Por otra parte, la condición de *legislador negativo* que Kelsen asignaba al Tribunal Constitucional tuvo la función de justificar el otorgamiento de efecto *erga omnes* y *ex nunc* a las sentencias del Tribunal que así suponían una verdadera abrogación de la ley y asumían una *naturaleza constitutiva*, a diferencia del efecto de simple inaplicación concreta de la norma decretada por el juez norteamericano.

**CUARTA.** Pese a la articulación concreta divergente de los dos sistemas de Justicia Constitucional, más pragmático en Norteamérica, más doctrinal en Europa, resulta innegable la existencia de un punto de partida común del que se acabarán deduciendo elementos de contacto. El expresivo precedente Coke, gestado en Inglaterra en el siglo XVII, iba ser el principal argumento teórico de los colonos norteamericanos en su proceso de lucha en la construcción de la *judicial review*, primero con Hamilton, después con Marshal, y es el mismo argumento base de la famosa sentencia de este juez, la consideración de la naturaleza de Constitución como norma suprema del ordenamiento, el que servirá de fundamento al modelo kelseniano de Justicia Constitucional, modelo que por otra parte imponía ya la necesidad de articulación entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional como consecuencia de la técnica del control concreto de las leyes.

La *interrelación entre los dos sistemas* se aprecia en la evolución del sistema norteamericano de control incidental hacia fórmulas del europeo al acoger modos de control abstracto y directo con legitimación institucional, mientras que los elementos configuradores del sistema de la *judicial review* han incidido en la valoración que se hace en la actualidad en Europa del papel creador del llamado derecho judicial, en el que la jurisdicción constitucional ocupa posición preeminente. Se puede llegar así a la conclusión de que en ambos sistemas el control de constitucionalidad implica no sólo la *fuerza negativa* limitada a la expulsión de normas inconstitucionales del ordenamiento sino a una proteica actividad de fiscalización y promoción de los valores de la democracia, convirtiéndose en una *fuerza positiva* y conformadora, no sólo frente al poder legislativo sino frente a todos los poderes públicos.

Los Tribunales Constitucionales y las Cortes con atribuciones de justicia constitucional no solo han adquirido el *status* de órganos independientes de los demás poderes, sino que se encuentran situados concretamente en una órbita propia y diferente de todos ellos, fuera y más allá de la dimensión tripartita que no es ya la única posibilidad de articulación de fórmulas de control del poder político.

**QUINTA.** La difusión en los Estados democráticos de derecho de los sistemas de Justicia Constitucional responde a la aceptación generalizada del control de constitucionalidad de normas como *mecanismo de control del poder político* vinculado a la capacidad de racionalización de la política y su encauzamiento por el derecho. La función que la constitución encomienda a los órganos encargados de la Justicia Constitucional les legitima en su acción de control, legitimidad que está directamente relacionada con su

mayor o menor capacidad de controlar el poder político sin alejarse del método jurídico, actualizando permanentemente la Constitución a los cambios políticos y sociales y controlando el impulso de resolver los conflictos de contenido político que se suscitan ante ellos al margen de valoraciones jurídico-constitucionales, lo que acabaría derivando en una actuación política del órgano de justicia constitucional, sin que éste asumiese ningún tipo de responsabilidades.

**SEXTA.** El *sistema español* de control de constitucionalidad articulado en la Constitución de 1978 se beneficia de la rica experiencia preexistente en el ámbito europeo, especialmente de los ejemplos alemán e italiano desarrollados tras 1949, lo que le ha permitido configurar un sistema de Justicia Constitucional enriquecido tanto procesalmente cuanto por las técnicas de interpretación testadas y analizadas por la comunidad jurídica y científica.

En consecuencia, la regulación española ha asumido el núcleo básico que, al margen de peculiaridades singulares que puedan existir entre los distintos ordenamientos, caracteriza en la actualidad a los sistemas europeos de Justicia Constitucional: 1) un *órgano constitucional* con las funciones específicas y exclusivas que configuran la Justicia Constitucional, integrado o no, como es el supuesto en España, en el Poder Judicial; 2) *el doble modo del control de constitucionalidad*: el recurso directo y la cuestión de inconstitucionalidad que conforman el control concentrado; 3) *la legitimación institucional*: a instancias políticas en el caso del recurso de inconstitucionalidad, a los jueces y tribunales en la vía de la cuestión en carácter incidental; 4) *el control a posteriori* de leyes y actos con fuerza de ley; 5) *los efectos erga omnes, de cosa juzgada y efecto vinculante* de las sentencias de inconstitucionalidad.

La integración de los jueces y tribunales por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad implica una estructura en la que se percibe la existencia de una *difusión del control en el sentido positivo*, es decir, de aplicación de la norma por todos los jueces y tribunales, y un *monopolio de rechazo formal de la norma legal* reservado al Tribunal Constitucional.

**SÉPTIMA.** Al margen de las lógicas influencias mutuas, hay que constatar la existencia de un *tercer modelo de Justicia Constitucional* que se configura originariamente en los países de América Latina en sus procesos de independencia a lo largo del siglo XIX. Nacidos como Estados constitucionales, buena parte de ellos articularon un primer sistema a semejanza del norteamericano, único que en ese momento podía servir de modelo. Posteriormente, sobre todo tras la Segunda Guerra Mundial, en la medida en que los Estados europeos configuraban sus propios sistemas de justicia constitucional, muchos países de Latinoamérica, sin descartar el modelo norteamericano, han adoptado elementos del modo de control concentrado incluyendo la creación de Cortes o Tribunales Constitucionales y articulando así unos *sistemas mixtos o duales* en los que se mezclan elementos procesales de uno y otro, en una simbiosis que en ocasiones resulta de difícil engarce al intentar compaginar instituciones que responden a sistemas jurídicos dispares.

La consecuencia ha sido la aparición de estructuras de Justicia Constitucional complejas en muchas de las cuales se ha registrado y se registra una evolución normativa para adecuar su funcionamiento a las necesidades que la praxis va poniendo de manifiesto.

**OCTAVA.** El sistema de *Justicia Constitucional en Brasil* se planteó en su origen siguiendo el modelo norteamericano de *control difuso*. Gradualmente, con la recepción de casi todos los postulados del sistema europeo de control de constitucionalidad, y muy específicamente en función de los modelos ofrecidos por Alemania y España, el sistema brasileño registra una evolución en la medida en que se van incluyendo junto al control difuso la fórmula del *control de constitucionalidad concentrado en el Supremo Tribunal Federal*.

La nueva situación acabará generando una serie de *graves distorsiones* y *conflictos* entre los diversos órganos judiciales acerca de la constitucionalidad de una misma norma como consecuencia de una laguna normativa que impidió la adaptación coordinada del modelo de control difuso, a lo que hay que añadir que en Brasil, de la misma forma que en la Europa decimonónica, no cabía la aceptación del sistema de la *judicial review* por la imposibilidad de una regla como la de *stare decisis* al considerar que solo el legislador – no los jueces- tiene capacidad para revocar una ley; esto se tradujo en la existencia de resoluciones contradictorias, sin solución procesal y generadoras de un alto grado de inseguridad jurídica.

Por otra parte a la propia vía de control abstracto y concentrado le faltaban los elementos adecuados que asegurasen la autoridad de las decisiones del Supremo Tribunal Federal. En consecuencia, la *Constitución* promulgada en **1988** amplió dicha opción incluyendo la acción directa de inconstitucionalidad con una amplia legitimación institucional, la acción de inconstitucionalidad por omisión y la acción de incumplimiento de precepto fundamental, a las que hay que añadir más recientemente la acción declaratoria de constitucionalidad.

Por autorización expresa de la Carta de 1988 se ha articulado en todos los estados miembros el control abstracto de constitucionalidad de las leyes y actos normativos estatales y municipales frente a la Constitución estadual dando origen a un *subsistema de control concentrado* que ha incrementado la complejidad del sistema desde el momento en que los órganos jurisdiccionales con competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma estadual son los tribunales estatales pero también el Supremo Tribunal Federal. Y sin embargo no se ha creado instrumento procesal propio para la coordinación entre el subsistema y el sistema general.

**NOVENA.** Con la finalidad de superar las distorsiones de acoplamiento de las dos fórmulas de Justicia Constitucional se han abordado una serie de *reformas constitucionales* que han incidido en la racionalidad del sistema y en la *articulación de los dos modelos*.

En primer lugar se refuerza el significado del control abstracto sobre la base de dar *efecto vinculante* a las sentencias del Supremo Tribunal Federal que resuelven el fondo de la inconstitucionalidad planteada, efecto que se atribuye también a la llamada *súmula vinculante* emanada del mismo Tribunal.

Por otra parte, con la misma finalidad de racionalizar el trabajo del Supremo Tribunal Federal e impedir la multiplicación inútil de pronunciamientos sobre una misma cuestión constitucional ya resuelta, se ha adoptado el requisito de la *repercusión general* para la admisión del elemento de articulación entre los dos modos de control que es el *recurso extraordinario*. A todo esto hay que añadir como instrumento adicional de refuerzo la inclusión en el texto de 1988 del instituto de la *Reclamación*, a disposición no sólo de los legitimados para las acciones de control de constitucionalidad sino también de

los terceros jurídicamente interesados; su función es preservar la competencia y autoridad de las decisiones del Supremo Tribunal Federal bloqueando la amplia libertad que tenían los jueces y tribunales para declarar, en contra de lo decidido por el STF, la inconstitucionalidad de las normas por la vía difusa.

**DÉCIMA.** El sistema de control de constitucionalidad brasileño empieza ahora un *nuevo ciclo*, en el que se destacan los objetivos de *racionalización, economía, simplificación y celeridad*, en línea con la finalidad de asegurar la continuidad coordinada del sistema de control difuso bajo las directrices interpretativas del Supremo Tribunal Federal. De esta manera las dos fórmulas de control – antes casi autónomos y descoordinados, que discurrían por cauces paralelos- reciben elementos de engarce que promueven un *acoplamiento estructural* indispensable entre ellos.

La racionalización en los procedimientos y técnicas de control intentan eliminar la sobrecarga de trabajo acumulada sobre el Supremo Tribunal Federal, imprimir mayor celeridad y mayor productividad en los procesos de su competencia y, finalmente, imponer mayor efectividad a sus decisiones.

**DECIMOPRIMERA.** La apuesta es ambiciosa y su éxito dependerá, además de la articulación de las instituciones procesales correspondientes, de una serie de factores vinculados a las jurisdicciones implicadas. Por una parte es indispensable la *colaboración* real y efectiva *de los jueces y tribunales*, cualquiera que sea su ámbito territorial o competencial, para afrontar el desafío que supone para los órganos jurisdiccionales no ya el respeto sino el acatamiento de las decisiones del Supremo Tribunal Federal, con la correspondiente disminución de la potestad de los jueces y tribunales inferiores en enjuiciar con entera libertad la constitucionalidad de las leyes.

En la fórmula constitucional brasileña se advierte un cambio importante en el papel del juez ordinario; deja la posición autónoma en la que tenía libertad casi absoluta al enjuiciar una cuestión constitucional, pero sin sentirse parte de un sistema orgánico de control, para convertirse en partícipe necesario e influyente de un sistema estructurado y ordenado en el que su decisión, teniendo como base la jurisprudencia constitucional, puede formar parte e incluso ofrecer perspectivas diferentes en la construcción de precedentes innovadores, inaugurándose así un diálogo efectivo entre los tribunales.

La eficacia del sistema sólo se logrará cuando los *órganos jurisdiccionales* ordinarios asuman la *condición de partícipes en un modelo bifronte pero unificado*. Aunque es evidente que la colaboración e integración que se propone es potencialmente mucho más significativa para la unidad y armonía del sistema de control cuando lo que se pretende es coordinar dos sistemas dispares, *mutatis mutandis*, podemos hacer una referencia, aunque sea algo tangencial, al incremento en su eficacia que se produjo en el sistema europeo de control de constitucionalidad cuando, sin perder su significado de Justicia Constitucional concentrada, integró en él a los jueces y tribunales ordinarios por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, es decir, cuando éstos dejaron la condición de simples espectadores para a tener un papel activo de colaboradores en la función.

**DECIMOSEGUNDA.** El otro órgano implicado, el *Supremo Tribunal Federal*, tiene también que jugar su propio papel en la nueva etapa de consolidación del sistema de Justicia Constitucional; el uso moderado de los nuevos mecanismos de vinculación, en

línea con una postura minimalista de precedentes, preferentemente en forma de *standards* – y no de reglas – sin desconocer la praxis de los tribunales inferiores, puede ser la clave para que las relaciones entre este Tribunal Constitucional y todos los órganos jurisdiccionales inferiores se encaucen con posibilidades de éxito.

A la tendencia concentradora del control abstracto que le impone el efecto vinculante hay que tenerse en mente la idea de que el primer guardián de la Constitución es el juez singular y que la función judicial ordinaria de control difuso, el principal cauce de solución de conflictos jurídicos propios de la vida social, confluye, y no se opone, a los objetivos de racionalización, celeridad y efectividad de la función de un Tribunal Constitucional encargado de las macro-cuestiones constitucionales.

Una postura de autocontrol, por parte del STF, prestigia la experiencia judicial en el local de los hechos mediante el amplio debate trabado en las dos instancias del Poder Judicial y permite, de este modo, el desarrollo más efectivo del principio federativo, con la reducción de las inmensas desigualdades sociales y regionales, medida que se cumple no solo por medio de instrumentos procesales de naturaleza subjetiva, pero también por medio del control concentrado abstracto en los tribunales estatales.

El aumento significativo de la autoridad del Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional, que supone el efecto vinculante con la natural disminución de la actividad de control en la vía difusa, obliga ahora el desarrollo de *mecanismos de coordinación* entre el *sistema general* y el *subsistema de control abstracto* de constitucionalidad en los estados.

En el ámbito de los estados miembros la jurisdicción de control de la constitucionalidad de normas se estructura en consecuencia del régimen federativo, en el cual los entes tienen asegurada autonomía constitucional no solo para legislar, sino también para organizar su justicia y ejercer el control abstracto de constitucionalidad sobre los productos del legislador estatal y municipal.

Dada la condición del STF como “garante” del régimen federativo y, por supuesto, de fiscal de la propia jurisdicción de control de constitucionalidad en los tribunales de justicia de los Estados, su actuación debe restringirse, de forma compatible, en el nivel suficiente para garantizar el *funcionamiento eficaz y la articulación del sistema general y estatal de control de constitucionalidad*, incluso como último fiscal de los tribunales inferiores sin, por otro lado, abdicar de su competencia originaria.

Como vemos son muchos los desafíos teóricos y prácticos que deberán afrontar todos los órganos jurisdiccionales, especialmente en lo que se refiere a la correcta interpretación de los fundamentos determinantes de las sentencias y *súmulas* vinculantes en la aplicación directa de la norma constitucional a los casos concretos. La realidad dual del sistema que se pretende coordinar nos lleva a considerar la utilidad de una herramienta proveniente de la doctrina jurídica anglosajona, y más concretamente de la norteamericana, el precedente, que puede devenir en un elemento útil y efectivo para hacer frente a la problemática derivada de la interpretación constitucional, que seguirá siendo distinta en el seno de un proceso abstracto y objetivo y en el de un proceso del caso.

**DECIMOTERCERA.** El objetivo de proceder a una correcta separación entre los ámbitos político y jurisdiccional, sin ignorar por supuesto la naturaleza política del fenómeno del control, y de conseguir articularlos con códigos distintos es el *desafío* que, a nuestro juicio, dependerá siempre de la mayor o menor capacidad de justificación de los fallos y del nivel de independencia y de capacitación jurídico-política de los magistrados de cada tribunal,



necesidades que cobran ahora una dimensión aún más palpable frente a los planteamientos de unidad e interacción de todos los jueces y tribunales que conllevan las actuales reformas constitucionales en Brasil.

Naturalmente el empeño en la configuración de un nuevo sistema de Justicia Constitucional especialmente complejo, al intentar armonizar las dos fórmulas dispares preexistentes, supone recorrer el camino no exento de inseguridades que conlleva la problemática de la interpretación constitucional. Al fin y al cabo, la propia historia de la Justicia Constitucional como función e institución es un intento permanente de prueba corrección y perfeccionamiento de formas y técnicas jurídicas y procesales para controlar las decisiones políticas cuando éstas, en el ejercicio legítimo de su discrecionalidad, rebasan los límites constitucionalmente establecidos.

Brasil aborda ahora uno de esos momentos de prueba y ajuste, dinámicos y complejos aunque apasionantes al mismo tiempo, en los que tan importante es la técnica jurídica cuanto la voluntad de los agentes políticos y jurisdiccionales de culminarlos con éxito. Sólo el tiempo dirá si la arquitectura constitucional es capaz de cimentar y afianzar el nuevo edificio de la Justicia Constitucional brasileña.

## **TABLA DE ABREVIATURAS**

**AC - *Acórdão***

**ACP-Acción Civil Pública**

**ADC – Acción Declaratoria de Constitucionalidad**

**ADI – Acción Directa de Inconstitucionalidad**

**ADI-MC – Acción Directa de Inconstitucionalidad en Medida Cautelar**

**ADInMC – Acción Directa de Inconstitucionalidad en Medida Cautelar**

**ADInQO – Acción Directa de Inconstitucionalidad en Cuestión de Orden**

**ADO-Acción Directa de Inconstitucionalidad por Omisión**

**ADPF – *Arguição* (acción) de *Descumprimento* (incumplimiento) de Precepto Constitucional**

**AI – *Agravo* de Instrumento**

**AGR – *Agravo Regimental***

**CF – Constitución Federal**

**CE – Constitución Estadual**

**CEC – Centro de Estudios Constitucionales**

**DF – Distrito Federal**

**DJU – Diario de La Justicia de La Unión**

**EC – Enmienda Constitucional**

**ED – *Embargos* de Declaración**

**HC – *Habeas Corpus***

**LC – Ley Complementar**

**LO – Ley Ordinaria**

**MC – Medida Cautelar**

**MI – Mandado de *injunção***

**MP – Ministério Público**

**MPF – Ministério Público Federal**

**MS-*Mandado de Segurança***

**PGR – Procurador General de La República o Procuraduría-General de la República**

**RECL - Reclamación**

**RE – Recurso extraordinário**

**RI – *Regimento* interno**

**RT – Revista de los Tribunales**

**RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência**

**RDA – Revista de Derecho Administrativo**

**STC – Sentencia Del Tribunal Constitucional español**

**STF – Supremo Tribunal Federal**

**STJ – Superior Tribunal de Justicia**

**STM – Superior Tribunal Militar**

**TJ – Tribunal de Justicia (de los estados)**

**TRF – Tribunal Regional Federal**

**TST – Tribunal Superior del Trabajo**

**TSE – Tribunal Superior Electoral**

**VVAA – Varios autores**

## BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia*, Tecnos, Madrid, 1998.
- ALCARAZ VARÓ *et al*, *El Inglés jurídico norteamericano*, 2ª ed., Ariel derecho, Barcelona, 2002.
- ALONSO GARCÍA, E., *La jurisprudencia constitucional*, RCEDC nº 1, Madrid, 1988.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 2003.
- BRITO, Carlos Ayres, *Teoria da constituição*, Forense, Rio de Janeiro, 2003.
- FERES Andrade y M. CARVALHO, Paulo Gustavo (orgs.), *Processo nos tribunais superiores*, Saraiva, São Paulo, 2006.
- ARAGÓN REYES, M., *El control de constitucionalidad en la constitución española de 1978*, REP num. 7, Madrid, 1979.
- , *Tribunal constitucional*, en *temas básicos de derecho constitucional*, 1ª ed., tomo III, Manuel Aragón Reyes (Coord.), Civitas, Madrid, 2001.
- , *Actos con fuerza de ley*, en *temas básicos de derecho constitucional tomo I*, Manuel Aragón Reyes (Coord.) *Constitución, estado constitucional y fuentes de desarrollo*, Civitas, Madrid, 2001.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, GRINOVER, Ada Pelegrini, DINAMARCO, Candido R., *Teoria geral do processo*, 9ª ed., Malheiros, São Paulo, 1993.
- ARIZAMENA SIERRA, *El recurso de inconstitucionalidad*, en *el tribunal constitucional*, IEF, Madrid, 1981.
- BALLARÍN IRIBARREN, J., *Materias conexas*, en *temas básicos de derecho constitucional, Tomo I, Constitución, estado constitucional y fuentes de desarrollo*, Manuel Aragón Reyes (Coord.), Civitas, Madrid, 2001.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1999.
- , *Manual de derecho constitucional, Vol. I, constitución y fuentes de derecho, derecho constitucional europeo, tribunal constitucional, estado autonómico*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. L. *El recurso de inconstitucionalidad*. CEPC, Madrid, 2001.
- , *Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997.
- BARROSO, Luis Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2006.
- , *Interpretação e aplicação da constituição*, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 1999.
- BAZAM, Victor, *El control constitucional en Chile, Desafíos del control de constitucionalidad*, Victor Bazan (Coord.), Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *Las sentencias básicas del tribunal supremo de los estados unidos de américa*, CEC, Madrid, 2005.

- BENDA, MAIHOFFER, HESSE, *et al*, LÓPEZ PINA (Coord.), *Manual de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- BERNARDES, Juliano Taveira, *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*, Saraiva, São Paulo, 2004.
- BIDART CAMPOS, German, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1997.
- BISCARETTI DI RUFIA, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- BLANCO VALDEZ, Roberto L., *El valor de la constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 2006.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- , *O futuro da democracia*, 7ª ed., (trad. Marco Aurelio Nogueira), Paz e Terra, São Paulo, 2000.
- BOCANEGRA SIERRA, *El valor de las sentencias del tribunal constitucional*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1982.
- BONAVIDES, Paulo, *A constituição aberta*, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 2004.
- , *Curso de direito constitucional*, 18ª ed., Malheiros, São Paulo, 2006.
- BRITO, Carlos Ayres, *Teoria da constituição*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003.
- BRUNNER, Georg, *Un hito en el camino hacia el estado de derecho, el largo tiempo impedido y finalmente conseguido control de la constitucionalidad en Europa del este*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), num. 82 octubre-diciembre, pp. 137-144, Universidad de La Rioja, in [www.DIALNET.es](http://www.DIALNET.es), el 20.10.2008.
- BULOS, Uadi Lammêgo, *Constituição federal anotada*, 7ª ed., Saraiva, São Paulo, 2007.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco *et al*, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 2ª ed., MacGrawHill, Madrid, 2000.
- , *Autonomía parlamentaria*, en *temas básicos de derecho constitucional Tomo II, Organización del Estado*, Manuel Aragón Reyes (Coord.), Civitas, Madrid, 2001.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes, *O direito na sociedade complexa*, Max Limonad, São Paulo, 2000.
- CAMPO, Jiménez, *Que hacer con la ley inconstitucional, en la sentencia sobre la constitucionalidad de la ley, tribunal constitucional-CEC*, Madrid, 1997.
- , *Decreto-Ley*, en *temas básicos de derecho constitucional Tomo I, Manuel Aragón Reyes (Coord.), Constitución, estado constitucional y fuentes de desarrollo*, Civitas, Madrid, 2001.
- , *Sentencia del tribunal constitucional*, en *temas básicos de derecho constitucional, Tomo III, Manuel Aragón Reyes (Coord.), Tribunal constitucional y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001.
- , *Decretos Legislativos*, en *temas básicos de derecho constitucional, Tomo I, Manuel Aragón Reyes (Coord.), Constitución, estado constitucional y fuentes del desarrollo*, Civitas, Madrid, 2002.
- CANOSA USERA, R. *Interpretación constitucional y fórmula política*, CEC, Madrid, 1988.

CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 1998.

-----, *Teoría de la constitución*, Dickinson, Madrid, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes y MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991.

CARBONEL, Miguel, *Neoconstitucionalismo (s)*, (org.) Editorial Trotta, Madrid, 2003.

-----, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas-UNAM, Madrid, 2007.

CAPELLETTI, Mauro, *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*, Sergio Antonio fabris Editor, Porto Alegre, 1999.

CARRERAS SERRA, Francesc y GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Leyes políticas*, Aranzadi, Madrid, 2003.

CASCAJO CASTRO, J. L; GIMENO SENDRA, V. *El recurso de amparo*. Tecnos, Madrid, 1984.

-----, *La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española*, en REDC, num. 17, Madrid, 1986.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, GRINOVER, Ada Pelegrine, DINAMARCO, Candido Rangel, *Teoria geral do processo*, 9ª ed., Malheiros, São Paulo, 1993.

COELHO, Sacha Calmon Navarro, *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na constituição de 1988*, 3ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 1999.

*Constituições do Brasil, (de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações)*, Senado Federal, Secretaria de Edições Técnicas, vol. I, Brasília, 1986.

Cuadernos y Debates, nº 29, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, CEC, Madrid, 1991.

Cuadernos y Debates, nº 41, *Los procesos constitucionales*, CEC, Madrid, 1992.

Cuadernos y Debates, nº 64, *La reforma de la constitución argentina en perspectiva comparada*, CEC, Madrid, 1996.

CUMPLIDO CEREDERA, F. y NOGUEIRA ALCALÁ, H., *Teoría de la constitución*, Cuadernos universitarios, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago de Chile, 1994.

CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

DANTAS, Ivo, *Constituição e processo*, vol. I, *Introdução ao direito processual constitucional*, Juruá, Curitiba, 2006.

DAVID, René, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, Martins Fontes, São Paulo, 1998.

DE ESTEBAN, Jorge y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P., *Curso de derecho constitucional III*, Servicio de Publicación de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1984.

DÍAZ REVORIO, F. Javier, *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

Diccionario de la Real Academia Española, 22ª ed., Espasa, Madrid, 2001.

DIEZ-PICAZO, L. M<sup>a</sup>, *Competencia. Fuentes, en temas básicos de derecho constitucional, Tomo I*, Manuel Aragón Reyes (Coord.), *Constitución, estado constitucional y fuentes del derecho*, Civitas, Madrid, 2001.

-----, *Fuentes del derecho: derogación, en temas básicos de derecho constitucional, Tomo I*, Manuel Aragón Reyes (Coord.), *Constitución, estado constitucional y fuentes del derecho*, Civitas, Madrid, 2001.

-----, *Eficacia de las Normas, temas básicos de derecho constitucional, Tomo I* Manuel Aragón Reyes (Coord.), *Constitución, estado constitucional y fuentes del derecho*, Civitas, Madrid, 2001.

-----, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3<sup>o</sup> ed., Ariel, Barcelona, 1999.

DINIZ, Maria Helena, *Norma constitucional e seus efeitos*, 2<sup>a</sup> ed., Saraiva, São Paulo, 1992.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 2002.

ELY, John Hart, *Democracia y desconfianza, una teoría del control constitucional*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Santa Fe de Bogotá, 1997.

ERMACORA, Félix, *El tribunal constitucional austriaco, en tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1984.

EZQUIAGA GANUZAS, F.J. *La argumentación en la justicia constitucional española*. HAAE- IVAP, Madrid, 1987.

FARIA, José Eduardo, *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*, 1<sup>a</sup> ed., 2<sup>a</sup> tiragem, Malheiros, São Paulo, 1998.

-----, (org.) *Direitos Humanos, direitos sociais e justiça*, Malheiros, São Paulo, 1998.

FAVOREU, Louis y RUBIO LLORENTE, Francisco, *El bloque de constitucionalidad*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991.

FAVOREU, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1992.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2002.

-----, *La inconstitucionalidad por omisión*, Civitas, Madrid, 1998.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, 1984.

-----, *El tribunal constitucional. Un estudio orgánico*, Rev. de la Fac. de Derecho de la UCM, num. 15, Madrid, 1989.

-----, *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, D. García Belaúnde et al (Coords.), Dickinson, Madrid, 1992.

-----, *Los inicios del control de la constitucionalidad en Iberoamérica: del control político al jurisdiccional*, in *Revista española de derecho constitucional*, año 1997, num. 49-51, CEPC.

-----, *La obsolescencia de la bipolaridad “modelo americano-modelo-europeo-kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa*, Parlamento y Constitución, Anuario, Universidad de Castilla-La Mancha, 2002.

- Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución*, en derecho procesal constitucional, tomo IV, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, (Coord.), Editorial Porrúa, México, 2003.
- España e Iberoamérica: una recíproca permeabilidad constitucional, en La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, CEC, Madrid, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2000.
- Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2001.
- Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, *Controle da constitucionalidade das leis municipais*, 3ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.
- Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 4ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.
- FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves, *Comentários à constituição brasileira*, 6ª ed., Saraiva, São Paulo.
- FIGUERUELO, A. *El recurso de amparo. El estado de la cuestión*, Derecho Biblioteca Nueva, Madrid, 2001.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Lineamientos esenciales de la interpretación de la Constitución*, en Derecho Procesal constitucional, tomo IV, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, (Coord.), Editorial Porrúa, México, 2003.
- GARCÍA BELAÚNDE, D., Fernández Segado, F. y Hernández Valle, R., (Coords.), *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Dickinson, Madrid, 1992.
- GARCÍA BELAUNDE, D., *Derecho procesal constitucional*, Ed. Porrúa, Vol. I, México, 2003.
- La interpretación constitucional como problema*, en derecho procesal constitucional, tomo IV, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, (Coord.), Editorial Porrúa, México, 2003.
- GARCÍA DE ENTERRIA, E. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Civitas, Madrid, 2001.
- La posición jurídica del tribunal constitucional en el sistema español*, en el Tribunal Constitucional, vol. I, IEF, Madrid, 1981.
- El principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la constitución*, REDC num. 10, Madrid, 1984.
- Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes constitucionales*, en REDA, num. 61, Madrid, 1989.
- *Democracia, jueces y control de la administración*, Civitas, Madrid, 1995.
- Justicia constitucional, en temas básicos de derecho constitucional*, Aragón Reyes (Coord.), 1ª ed., Tomo III, Civitas, Madrid, 2001.
- GARCÍA MARTÍNEZ, M. Asunción, *El recurso de inconstitucionalidad. El proceso directo de inconstitucionalidad*, Trivium, Madrid, 1992
- La ley orgánica y el juez de la ley*, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, num. 17-diciembre 2007.



-----. *El control de constitucionalidad y sus acciones procesales*, en *Derecho procesal constitucional*, Catañeda Otsu (Coord.), Jurista Editores, Lima, 2004.

GARCÍA PELAYO, *El status del tribunal constitucional*, en REDC, num.1, Madrid, 1981.

-----.*Derecho constitucional comparado*, Alianza Universidad, Madrid, 1999.

GARRORENA MORALES, A., *La sentencia constitucional*, Revista de Derecho Político nº 11, Madrid, 1981.

-----. *Fuentes de Derecho en Temas básicos de derecho constitucional, Tomo I*, Manuel Aragón Reyes (Coord.), *Constitución, estado constitucional y fuentes de desarrollo*, Civitas, Madrid, 2001.

-----. *Ley*, en *temas básicos de derecho constitucional, tomo I*, Manuel Aragón Reyes (Coord.), *Constitución, estado constitucional y fuentes de desarrollo*, Civitas, Madrid, 2001.

-----. *Derecho parlamentario*, en *temas básicos de derecho constitucional tomo II, Organización del Estado*, Manuel Aragón Reyes (Coord.), Civitas, Madrid, 2001.

GIMENO SENDRA; MORENO CATENA; ALMAGRO NOSETE; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal*, Valencia, 1990.

GONZÁLEZ-DELEITO, Domingo, N. *Tribunales constitucionales: organización y funcionamiento*. Tecnos, Madrid, 1980.

GONZÁLEZ RIVAS, Juan José, *Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional*, Centro de Estudios de Derecho Constitucionales, Madrid, 2001.

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro José, *El tribunal constitucional*, Aranzadi, Madrid, 2000.

GRAU, Eros Roberto, *O direito posto e o direito pressuposto*, Malheiros, São Paulo, 1996.

GUASP, Jaime y Aragonese, Pedro, *Derecho procesal civil, tomo I, introducción y parte general*, 7ª ed., Thompson, Navarra, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Teoria processual da constituição*, 2ª ed., Celso Bastos Editor, São Paulo, 2002.

HABERLE, Peter, *Métodos y principios de la interpretación constitucional* (trad. Miguel Carbonell), en *derecho procesal constitucional*, tomo IV, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, (Coord.), Editorial Porrúa, México, 2003.

-----. *Pluralismo y constitución, estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, 2002.

HAMILTON, Alexander, *O federalista*, selección de Francisco C. Wefort, Abril Cultural, São Paulo, 1973.

HELLER, Hermann, *Las ideas políticas contemporáneas*, edición y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, Editorial Comares, Granada, 2004.

-----.*Teoría del estado*, edición y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, Editorial Comares, Granada, 2004.

HEYDE, Wolfgang, Benda, Maihofer *et al*, *La jurisdicción*, en *manual de derecho constitucional*, ed. y trad. Antonio López Pina, Marcial Pons, Madrid, 1996.

HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Trad. P. Cruz Villalón, CEC, Madrid, 1983.

- . *A força normativa da constituição*, Sergio Antonio Fabris editor, Porto Alegre, 1999.
- KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, João Batista Machado (trad.), 4ª ed., Armenio Amado, Coimbra, 1976.
- . *Teoria geral do direito e do estado*, Martins Fontes, São Paulo, 1995.
- . *Jurisdição constitucional*, Martins Fontes, São Paulo, 2003.
- Las sentencias básicas del tribunal constitucional*, CEPC- BOE, Madrid, 1998.
- LEAL, Roger Stiefelmann, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2006.
- LEIBHOLZ, *El Tribunal constitucional de la republica federal alemana y el problema de la apreciación judicial de la política*, en REP, num. 146, Madrid, 1966.
- LÓPEZ GARRIDO, *Un año del tribunal constitucional: la fijación jurisprudencial de su función y competencias. El concepto de inconstitucionalidad sobrevenida*, en RDP, num. 13, Madrid, 1982.
- LÓPEZ GUERRA, L., *El tribunal constitucional y el principio stare decisis*, en *El Tribunal Constitucional*, vol. II, IEF, Madrid, 1982.
- LÓPEZ PINA, *Europa, un proyecto irrenunciable: la constitución para Europa desde la teoría constitucional*, Dickinson, Madrid, 2004.
- LÓPEZ ULLA, J. M., *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1999.
- . *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, 2000.
- LOWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Trad. A. Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1979.
- LOZANO MIRALLES, Jorge y SACCOMANNO, Albino, *El tribunal constitucional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- LUISA DUARTE, Maria y AMADO GOMES, Carla, *La constitución portuguesa de 1976 y el control judicial de la constitucionalidad*, Cuadernos y Debates 185, *Justicia Constitucional y unión europea, un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Javier Tajadura y Josu de Miguel (coords.), CEC, Madrid, 2008.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, 7ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.
- MARÍN, L. A. *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*. Ariel, Barcelona, 1998.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouveia, *Direito processual constitucional*, Forense, Rio de Janeiro, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, ed. Celso Bastos, São Paulo, 1998.
- . *Jurisdição constitucional*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2005.
- . *Controle concentrado de constitucionalidade*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2005.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, *O espírito das leis*, (trad. Cristina Muracho), Martins Fontes, São Paulo, 1996.

- MONTILLA MARTOS, J. A. *Minoría política y tribunal constitucional*. Ed. Trotta, Madrid, 2002.
- NADER, Paulo, *Filosofia do direito*, 6ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1998.
- NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de, *Código de processo civil comentado*, 10ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.
- NIETO, Alejandro, *Prólogo a Julio V. Gonzáles García, El alcance del control judicial de las administraciones públicas en los EE.UU.*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.
- , *El desgobierno judicial*, Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- NINO, Carlos S., *Filosofía del control judicial de constitucionalidad*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales Num. 4 Septiembre-diciembre 1989.
- OTTO, Ignácio de, *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 2001.
- PALÚ, Oswaldo Luiz, *Controle de constitucionalidade, conceitos, sistemas e efeitos*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.
- PÉREZ LUÑO, *La interpretación de la Constitución*, en RCG, num. 1, Madrid, 1984.
- PÉREZ ROYO, J. *Tribunal constitucional y división de poderes*. Tecnos, Madrid, 1988.
- PÉREZ TREMP, P., *Tribunal constitucional y poder judicial*, CEC, Madrid, 1985.
- , *El tribunal constitucional*, en *derecho constitucional vol. II, los poderes del Estado. La organización territorial del Estado*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2002.
- PIBERNAT DOMÉNECH, *La sentencia constitucional como fuente del derecho*, RDP, num. 24, Madrid, 1987.
- PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*, Max Limonad, São Paulo, 1997.
- PIZZORUSSO, *Las sentencias manipulativas del tribunal constitucional italiano*, en *el tribunal constitucional*, vol. I, IEF, Madrid, 1981.
- , *El tribunal constitucional*, en *tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1984.
- , *Lecciones de derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1984.
- PIZA, Rodolfo E., *Justicia constitucional y derecho de la Constitución*, en seminario sobre justicia constitucional, III aniversario de la creación de la sala constitucional, Juricentro, San José da Costa Rica, 1993.
- PRIETO CASTRO y FERRÁNDIZ, *Tratado de derecho procesal civil*, Madrid, 1980.
- PRIETO SANCHIS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.
- POLETTI, Ronaldo, *Controle da constitucionalidade das leis*, 2ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000.
- QUEIROZ, Cristina M. M., *Os actos políticos no estado de direito: o problema do controle jurídico do poder*, Livraria Almedina, Coimbra, 1990.
- RADBRUCH, Gustav, *Introdução à ciência do direito*, Martins Fontes, São Paulo, 1999.
- RAO, Vicente, *O direito e a vida dos direitos*, 4ª ed. (anotada e atual. Por Ovídio Rocha Barros Sandoval), Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

- RAWLS, John, *Uma teoria da justiça*, Martins Fontes, São Paulo, 2000.
- REALI, Miguel, *O direito como experiência*, Saraiva, São Paulo, 1968.
- RIBAS MAURA, A. *La cuestión de inconstitucionalidad*. Cuadernos Civitas, Madrid, 1991.
- ROLLA, Giancarlo, *Consolidación y desarrollo de la justicia constitucional en Europa*, Cuadernos de la Facultad de Derecho, Universidad de les Illes Balears num. 16, 1987.
- ROUSSEAU, Dominique, *La justicia constitucional en Europa*, CEC, Madrid, 2002.
- RUBIO LLORENTE, F. y M. ARAGÓN en *Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad*, REP nº 7, Madrid, 1979,
- RUBIO LLORENTE, Francisco, *Del tribunal de garantías constitucional al tribunal Constitucional*, RDP, num. 16, Madrid, 1982-83.
- Sobre la relación entre el tribunal constitucional y el poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, en REDC, num. 4, Madrid, 1982.
- Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley*, en RAP, num. 100-102, Madrid, 1983.
- La Jurisdicción constitucional en la Constitución española de 1978*, dirigida por Predieri y García de Enterría, Madrid, 1984.
- Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en europa*, MacGrawhil, Madrid, 1992.
- Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa*, REDC, num. 35, Madrid, 1992.
- La forma del poder*, CEC, Madrid, 1997.
- Bloque de Constitucionalidad*, en *Temas básicos de derecho constitucional, Tomo I, Constitución, estado constitucional y fuentes de desarrollo*, Civitas, Madrid, 2001.
- Fuentes del derecho*, en *temas básicos de derecho constitucional, Tomo I, Constitución, Estado constitucional y fuentes de desarrollo*, Civitas, Madrid, 2001.
- RUIZ- Rico Ruiz, Gerardo (ed.) *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *curso de derecho constitucional comparado*, Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1985.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Ordenamiento jurídico en temas básicos de derecho constitucional*, Tomo I, Manuel Aragón Reyes (Coord.), Civitas, Madrid, 2001.
- Norma jurídica en temas básicos de derecho constitucional vol. I, Constitución, estado constitucional y fuentes de desarrollo*, Civitas, Madrid, 2001.
- Principio de legalidad*, en *temas básicos de derecho constitucional Tomo I, Constitución, estado constitucional y fuentes del derecho*, Civitas, Madrid, 2001.
- SANTOS VIAJANDE, J. M. *Doctrina y jurisprudencia constitucional*, Comares, Granada, 1995.
- SARMENTO, Daniel, *A ponderação de interesses na constituição federal*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000.
- SCHLAICH, Klaus, *El tribunal constitucional federal alemán*, en Louis Favoreau (coord.), *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1984.

- SCHMIT, Carl, *legalidad y legitimidad*, Aguilar, Madrid, 1971;
- La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983.
- Teoría de la constitución*, Alianza Editorial, Salamanca, 2001.
- SICHES, Luis Recasens, *Filosofía del derecho*, 16ª ed., Editorial Porrúa, México, 2002.
- SILVA, José Afonso da, *Comentário contextual à constituição*, 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 2007.
- Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 1998.
- SIMON, Helmut, *La jurisdicción constitucional en manual de derecho constitucional*, ed. y trad. Antonio López Pina, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1985.
- SOARES, Guido Fernando Silva, *Common law, introdução ao direito dos EUA*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.
- SORIANO, Ramón, *Sociología del derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1997.
- SOLOZABAL Echavarría, JJ., *Inconstitucionalidad sobrevenida*, en *temas básicos de derecho constitucional, tomo I, Constitución, estado constitucional y fuentes de desarrollo*, Civitas, Madrid, 2001.
- SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de, *Jurisdição constitucional democrática*, Del Rey, Belo Horizonte, 2004.
- SUÑÉ LLINÁS, Emílio, *Teoria estructuralista del derecho*, servicio de publicaciones de la facultad de derecho-Universidad complutense de Madrid, 2006.
- TAJADURA, Javier y Josu de MIGUEL (coords.), *Justicia constitucional y unión europea: un estudio comparado de las experiencias de alemania, austria, España, Francia, Italia y Portugal*, CEC, Madrid, 2008.
- TAVARES, André, *Teoria da Justiça Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2005.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil, vol. I- Forense*, Rio de Janeiro, 1998.
- TORRES DE MORAL, Antonio, *Principios de derecho constitucional español*, 4º ed., Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1998.
- TRIEPEL, Heinrich., *Derecho público y política*, Tecnos, Madrid, 1974.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, *O direito internacional em um mundo em transformação*, Renovar, Rio de Janeiro, 2002.
- TRUJILLO FERNÁNDEZ, G., *Recurso de inconstitucionalidad*, en *temas básicos de derecho constitucional*, Civitas, tomo III, *tribunal constitucional y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001.
- TUCCI, Rogério Lauria y José Rogério Cruz e Tucci, *Constituição de 1988 e processo: reglamentos e garantias constitucionais do processo*, Saraiva, São Paulo, 1989.
- VEGA GARCÍA, P. De. *Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución*. Revista de Estudios Políticos, nº 7, Madrid, 1979.
- VELOSO, Zeno, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 3ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2003.

VERDÚ, Pablo Lucas, *Estimativa y politica constitucionales*, Facultad de Derecho Universidad Complutense, 1984, Madrid, 1984.

-----. *El sentimiento constitucional, (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, Reus S.A., Madrid, 1985.

-----. *La constitución abierta y sus “enemigos”*, Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.

-----. *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, Dickinson, Madrid, 1997.

VERGOTTINI, De, *Sobre la efectividad del control de constitucionalidad en los ordenamientos iberoamericanos*, en REDC, num. 8, Madrid, 1983.

VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964.

VIEIRA, Oscar Vilhena, *Supremo tribunal federal, jurisprudência política*, 2ª ed., Malheiros, São Paulo, 2002.

VVAA, *Derecho constitucional, vol. I, el ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

VVAA, *La reforma de la constitución argentina en perspectiva comparada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

VVAA, *Las tensiones entre el tribunal Constitucional y el legislador en la europa actual*. Eliseo Aja (edit), Ariel Derecho, Barcelona, 1998.

VVAA, *Neoconstitucionalismo (s)*, Miguel Carbonell (edición), Editorial Trotta, Madrid, 2003.

VVAA, *Parlamento y constitución*, Anuario Cortes de Castilla-la Mancha, Universidad de Castilla-la Mancha, num. 6, ano 2002.

VVAA, *Teoria del neoconstitucionalismo*, Miguel Carbonell (edición), Editorial Trotta, Madrid, 2007.

VVAA, *Sistema político brasileiro: uma introdução*, Lucia Avelar e Antonio Octávio Cintra (organs.), Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, Rio de Janeiro; Fundação Unesp, São Paulo, 2004.

VVAA, *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo III, Manuel Aragón Reyes (Coord.), Tribunal constitucional y derechos fundamentales, Civitas, Madrid, 2001.

VVAA, *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo II, Manuel Aragon Reyes (Coord.), Organización del Estado, Civitas, Madrid, 2001.

VVAA, *Tribunales y justicia constitucional, memoria del VII congreso iberoamericano de derecho constitucional*, Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa (Coords.), Instituto de investigaciones jurídicas, México, 2002.

WEBER, Albrech, *La jurisdicción constitucional en Europa occidental*, Revista Española de Derecho Constitucional num. 17.

WEBER, Max, *La jurisdicción constitucional en europa occidental: una comparación*, REDC, num. 17, Madrid, 1986.

-----. *El político y el científico* (trad. Francisco Rubio Llorente), Alianza Editorial, Madrid, 1991.

-----. *Sociología del derecho*, edición y estudio preliminar de José Luis Moreneo Pérez, Editorial Comares, Granada, 2001.

- WOLF, C., *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid, 1986.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Dimensión política de un poder judicial democrático*, en Seminario sobre justicia constitucional, III aniversario de la creación de la sala constitucional, Juricentro, San José da Costa Rica, 1993.
- ZAGREBELSKI, G., *La giustizia costituzionali*, IL Mullino, Bolonia, 1988.
- .El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1995.
- . La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1988.
- .Historia y constitución*, Trad. y prologo Miguel Carbonell, Minima Trotta, Madrid, 2005.

## ANEXO

### ESTADÍSTICA DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

#### ADI

##### Ações Diretas de Inconstitucionalidade - 1988 a 2008\*

Decisão Final	Qtd.	%
<u>Procedente</u>	668	16,0%
<u>Procedente em parte</u>	169	4,1%
<u>Improcedente</u>	168	4,0%
<u>Não conhecida</u>	1.732	41,5%
<b>Total Decisão Final</b>	<b>2.737</b>	<b>65,6%</b>
Liminar	Qtd.	%
<u>Com liminar deferida</u>	245	5,9%
<u>Com liminar deferida em parte</u>	69	1,7%
<u>Com liminar indeferida</u>	128	3,1%
<u>Prejudicada</u>	22	0,5%
<b>Total Liminar</b>	<b>464</b>	<b>11,1%</b>
<u>Aguardando julgamento</u>	973	23,3%
<b>Total de Distribuídas</b>	<b>4.174</b>	<b>100%</b>

#### ADI

##### Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Legitimado - 1988 a 2008\*

Legitimados	Quant.	%
Presidente da República	6	0,1%
Mesa do Senado Federal	1	0,0%
Mesa da Câmara dos Deputados	0	0,0%
Mesa da Assembléia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal	45	1,1%
Governador de Estado ou do Distrito Federal	1.056	25,3%
Procurador-Geral da República	899	21,5%
Conselho Federal da OAB	170	4,1%
Partido Político com representação no Congresso Nacional	748	17,9%
Confederação Sindical ou Entidade de Classe de Âmbito Nacional	907	21,7%
Mais de 1 legitimado **	3	0,1%
Outros (Ilegitimados)	339	8,1%
<b>Total</b>	<b>4.174</b>	<b>100,0%</b>

Dados de 2008 atualizados até dezembro.

\*\* Confederação Sindical ou Entidade de Classe e Partido Político Fonte:  
Portal de Informações Gerenciais do STF.



**Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão - 2008\***

<b>Decisão Final</b>	<b>Qtd.</b>	<b>%</b>
Procedente	0	0,0%
Procedente em parte	0	0,0%
Improcedente	0	0,0%
<u>Não conhecida</u>	1	20,0%
<b>Total Decisão Final</b>	<b>1</b>	<b>20,0%</b>

<b>Liminar</b>	<b>Qtd.</b>	<b>%</b>
Com liminar deferida	0	0,0%
Com liminar deferida em parte	0	0,0%
Com liminar indeferida	0	0,0%
Prejudicado	0	0,0%
<b>Total Liminar</b>	<b>0</b>	<b>0,0%</b>
<u>Aguardando julgamento</u>	<b>4</b>	<b>80,0%</b>
<b>Total de Distribuídas</b>	<b>5</b>	<b>100%</b>

**Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão - por Legitimado - 2008\***

<b>LEGITIMADOS</b>	<b>QUANT.</b>	<b>%</b>
Presidente da República	-	0,0%
Mesa do Senado Federal	-	0,0%
Mesa da Câmara dos Deputados	-	0,0%
Mesa da Assembléia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal	-	0,0%
Governador de Estado ou do Distrito Federal	1	20,0%
Procurador-Geral da República	-	0,0%
Conselho Federal da OAB	-	0,0%
Partido Político com representação no Congresso Nacional	1	20,0%
Confederação Sindical e Entidade de Classe de Âmbito Nacional	3	60,0%
Mais de 1 legitimado **	-	0,0%
Outros (Ilegitimados)	-	0,0%
<b>TOTAL</b>	<b>5</b>	<b>100,0%</b>

Dados de 2008 atualizados até dezembro.

\*\*Presidente da República, Mesa do Senado Federal e Mesa da Câmara dos Deputados

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF.

**ADC**  
**Ações Declaratórias de Constitucionalidade - 1993 a 2008\***

<b>Decisão Final</b>	<b>Qtd.</b>	<b>%</b>
<a href="#">Procedente</a>	5	23,8%
<a href="#">Procedente em parte</a>	1	4,8%
Improcedente	0	0,0%
<a href="#">Não conhecida</a>	7	33,3%
<b>Total Decisão Final</b>	<b>13</b>	<b>61,9%</b>

<b>Liminar</b>	<b>Qtd.</b>	<b>%</b>
<a href="#">Com liminar deferida</a>	2	9,5%
Com liminar deferida em parte	0	0,0%
<a href="#">Com liminar indeferida</a>	3	14,3%
Prejudicado	0	0,0%
<b>Total Liminar</b>	<b>5</b>	<b>23,8%</b>
<a href="#">Aguardando julgamento</a>	4	14,3%
<b>Total de Distribuídas</b>	<b>21</b>	<b>100%</b>

**ADC**  
**Ações Declaratórias de Constitucionalidade por Legitimado - 1993 a 2008\***

<b>LEGITIMADOS</b>	<b>QUANT.</b>	<b>%</b>
Presidente da República	5	23,8%
Mesa do Senado Federal	-	0,0%
Mesa da Câmara dos Deputados	-	0,0%
Mesa da Assembléia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal	-	0,0%
Governador de Estado ou do Distrito Federal	4	19,0%
Procurador-Geral da República	2	9,5%
Conselho Federal da OAB	-	0,0%
Partido Político com representação no Congresso Nacional	-	0,0%
Confederação Sindical e Entidade de Classe de Âmbito Nacional	6	28,6%
Mais de 1 legitimado **	2	9,5%
Outros (Ilegitimados)	2	9,5%
<b>TOTAL</b>	<b>21</b>	<b>100,0%</b>

Dados de 2008 atualizados até dezembro.

\*\* Presidente da República, Mesa do Senado Federal e Mesa da Câmara dos Deputados

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF.

**ADPF**  
**Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Distribuídas 1993 a 2008\***

<b>Decisão Final</b>	<b>Qtd.</b>	<b>%</b>
<u>Procedente</u>	2	1,3%
<u>Procedente em parte</u>	0	0,0%
<u>Improcedente</u>	1	0,7%
<u>Não conhecida</u>	90	59,2%
<b>Total Decisão Final</b>	<b>93</b>	<b>61,2%</b>
<b>Liminar</b>	<b>Qtd.</b>	<b>%</b>
<u>Com liminar deferida</u>	6	3,9%
<u>Com liminar deferida em parte</u>	1	0,6%
<u>Com liminar indeferida</u>	5	3,2%
Prejudicada	0	0,0%
<b>Total Liminar</b>	<b>12</b>	<b>7,6%</b>
<u><b>Aguardando julgamento</b></u>	<b>52</b>	<b>33,1%</b>
<b>Total de Distribuídas</b>	<b>157</b>	<b>100%</b>

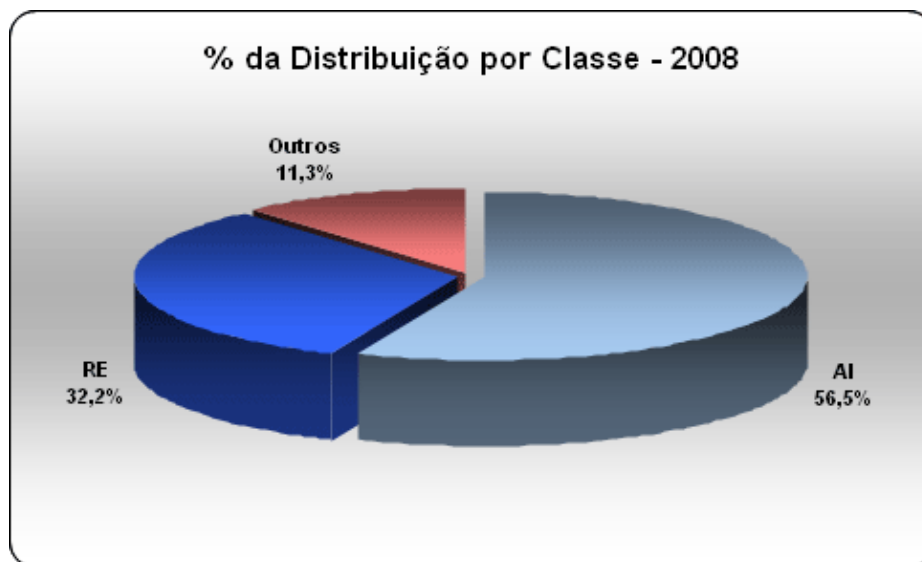
**ADPF**  
**Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Distribuídas - por Legitimado 1993 a 2008\***

<b>Legitimados</b>	<b>Quant.</b>	<b>Porcent.</b>
Presidente da República	4	2,6%
Mesa do Senado Federal	0	0,0%
Mesa da Câmara dos Deputados	0	0,0%
Mesa da Assembléia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal	2	1,3%
Governador de Estado ou do Distrito Federal	26	16,9%
Procurador-Geral da República	0	0,0%
Conselho Federal da OAB	5	3,2%
Partido Político com representação no Congresso Nacional	40	25,5%
Confederação Sindical e Entidade de Classe de Âmbito Nacional	47	29,9%
Outros (Ilegitimados)	33	21,0%
<b>Total</b>	<b>157</b>	<b>100,0%</b>

Dados de 2008 atualizados até dezembro.  
Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF.

**RE e AI - % Distribuição**  
**Percentagem de RE e AI em relação aos processos distribuídos - 1990 a 2008\***

Ano	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008*
<b>Total Processos Distribuídos</b>	87.313	109.965	69.171	79.577	116.216	112.938	66.873
<b>AI Distribuídos</b>	50.218	62.519	38.938	44.691	56.141	56.909	37.783
<b>% AI / Relação Processos Distribuídos</b>	57,5	56,9	56,3	56,2	48,3	50,4	56,5
<b>RE Distribuídos</b>	34.719	44.478	26.540	29.483	54.575	49.708	21.531
<b>% RE / Relação Processos Distribuídos</b>	39,8	40,4	38,4	37,0	47,0	44,0	32,2
<b>SOMA RE + AI</b>	84.937	106.997	65.478	74.174	110.716	106.617	59.314
<b>% AI + RE / Relação Processos Distribuídos</b>	97,3	97,3	94,7	93,2	95,3	94,4	88,7



Ano	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Total Processos Distribuídos	23.883	34.289	50.273	54.437	90.839	89.574
AI Distribuídos	12.303	16.863	26.168	29.677	59.236	52.465
% AI / Relação Processos Distribuídos	51,5	49,2	52,1	54,5	65,2	58,6
RE Distribuídos	9.265	14.841	20.595	22.280	29.196	34.728
% RE / Relação Processos Distribuídos	38,8	43,3	41,0	40,9	32,1	38,8
SOMA RE + AI	21.568	31.704	46.763	51.957	88.432	87.193
% AI + RE / Relação Processos Distribuídos	90,3	92,5	93,0	95,4	97,4	97,3

Ano	1990	1991	1992	1993	1994	1995
Total Processos Distribuídos	16.226	17.567	26.325	23.525	25.868	25.385
AI Distribuídos	2.465	5.380	7.838	9.345	8.699	11.803
% AI / Relação Processos Distribuídos	15,2	30,6	29,8	39,7	33,6	46,5
RE Distribuídos	10.780	10.518	16.874	12.281	14.984	11.195
% RE / Relação Processos Distribuídos	66,4	59,9	64,1	52,2	57,9	44,1
SOMA RE + AI	13.245	15.898	24.712	21.626	23.683	22.998
% AI + RE / Relação Processos Distribuídos	81,6	90,5	93,9	91,9	91,6	90,6

## COMENTARIOS A LOS DATOS ESTADÍSTICOS

Los datos constantes en el anexo permiten observar que la inmensa mayoría de los procesos que tramitan en el Supremo Tribunal Federal no respecta al control concentrado de constitucionalidad sino a otros tipos de litigios, básicamente los que llegan a la Suprema Corte por medio de recursos *extraordinario* y de *agravos*.

Entre los años 1988 hasta 2008 tramitaron en el STF **4.357** procesos de *control abstracto concentrado* de constitucionalidad, mientras solo en el período que va de 1990 a 2008 fueron 455.143 *recursos extraordinarios* y 586.322 recursos de *agravo de instrumento*.

Sumados los procesos de estos dos tipos de recurso se llega a la cifra de 1.041.755 en el período de dieciocho años. Es decir: 88,7% de la cantidad de procesos en el STF se refiere a *recursos extraordinarios* y *agravos de instrumento* y solo 11,3% son de otros tipos de procesos, incluido los del control abstracto concentrado que, en relación al número total de procesos es igual a 0,004% (cero coma, cero, cero cuatro por cien).

Mientras ingresaron en el STF 217,8 procesos del primer tipo al año en el período de diez años, los procesos del segundo tipo fueron más de 57.875 en promedio en el período de dieciocho años. Solo en el año de 2008 el Tribunal ha decidido 55.767 recursos extraordinarios.

La estadística sirve para reafirmar con números el que siempre se supo: que el STF tiene absorbida casi enteramente su capacidad de trabajo con procesos de naturaleza subjetiva, muchos de ellos reproduciendo el mismo tema de derecho y no tienen trascendencia para justificar la actuación de un Tribunal que ejerce funciones típicas de un **Tribunal Constitucional**.

Asimismo, puede observarse que de entre los procesos de control abstracto concentrado la acción directa de inconstitucionalidad es la que tiene mayor presencia en aquel Tribunal. De lo total de procesos en el referido período, 4.174 de ellos son de ADI, es decir, 95,7% de todas las acciones, mientras solo 5 de ellas son ADO, 21 son ADC y 157 son ADPF.

En cuanto a medidas liminares, el STF la concedió en un 5,9% en la ADI, un 9,5% en la ADC y solo un 3,9% en la ADPF. Esos números pueden revelar la autocontención del tribunal frente a los demás poderes públicos.

En el mismo período, el STF tuvo una tasa de resolución de 52,1% respecto a las acciones de control abstracto concentrado, habiendo decidido de aquel total 2.844 procesos, correspondiendo a más de 142.2 procesos en promedio al año. Las sentencias de estimación en la ADI llegaron a 16,0%, las de desestimación quedaron en 4,0% y las parcialmente estimadas en un 4,1% del total.

Desde que la acción declaratoria de constitucionalidad ha sido creada, en 1993, solo 21 han sido propuestas hasta ahora, habiendo sido estimadas 05 de ellas, otra estimada en parte, y 07 fueron rechazadas por el STF. Es decir, durante casi quince años solo 1,3 acciones de este tipo llegaron, por año, a la Corte Suprema.

Respecto a la ADPF, en el mismo periodo ingresaron 157 acciones, de las cuales el STF estimó 02 y desestimó 01. De ellas 90 fueron rechazadas, es decir, no admitidas a trámite por el Tribunal. El alto número de rechazos – no conocimiento- puede revelar cierta dificultad en la definición cuanto el real papel de este tipo de acción procesal.

En cuanto a demanda por *legitimados*, los datos apuntan que los gobernadores de estados son los campeones en la promoción de *acciones directas de inconstitucionalidad*, con un 25,3%, seguido de cerca por las Confederaciones Sindicales y Asociaciones de Clase de Ámbito Nacional, con un 21,7%, y luego el Procurador-General de la República, con un 21,5%.

Respecto a la *ADC*, mientras las Confederaciones Sindicales y Asociaciones de Clase salen en la delantera, con un 28,6%, el Presidente de la República saca un 23,8%, mientras los Gobernadores de Estado forman un 19% de lo total.

En el ámbito de la *ADPF*, nuevamente las Confederaciones y Asociaciones figuran como primeros en números de la demanda, ahora con un 29,9%. Los Partidos Políticos aparecen con un 25,5%, los gobernadores aparecen con 19% mientras otros no legitimados promovieran un 21,2% de esas acciones.

El análisis comparativo sobre el número de procesos podría demostrar que el control abstracto en vía principal ocupa posición secundaria respecto a otros tipos de procesos en el Supremo Tribunal Federal. Sin embargo, además de las diferencias conceptuales entre los procesos de naturaleza objetiva y subjetiva, en función del objeto, método de juzgamiento y alcance distintos de las sentencias, una comparación simplemente numérica entre esas categorías no aporta luces al tema del control de constitucionalidad.

En el Brasil, donde no tenemos la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, es por medio del recurso extraordinario que el STF pronuncia la última palabra en las cuestiones constitucionales resueltas por los tribunales inferiores, cuyo recurso constituye el cauce procesal natural de control de constitucionalidad en vía difusa por aquel máximo Tribunal.

En las cifras de más de un millón de *recursos extraordinarios* y *agravos* hasta ahora contabilizados se mezclan los interpuestos de decisiones de tribunales estatales proferidas en la vía del control abstracto y, además de ello, cuestiones constitucionales que surgen en recursos especiales decididos por tribunales superiores, todos competentes para el ejercicio del control difuso de constitucionalidad.

Desde que la condición de la *repercusión general* fue implantada, el inicio de 2008, ha sido reconocida en 137 recursos extraordinarios, mientras 34 fueron rechazadas hasta ahora. Solo en el primer semestre de 2009 han sido juzgados 53 mil procesos y la meta es juzgar, hasta el fin de este año, todos los procesos distribuidos en la Corte hasta diciembre de 2005, según informa el Tribunal ([www.stf.jus.br/noticias](http://www.stf.jus.br/noticias): acesado en 23.07.2009).

Se tiene contabilizado hasta el mes de noviembre de este año 33 súmulas vinculantes.

Habría que añadir, todavía, que en diversos otros tipos de acciones de competencia originaria o recursal de aquel alto Tribunal, tales como *habeas corpus*, *mandado de segurança*, *mandado de injunção*, *recurso ordinario*, etc., en cuyas vías se protege los derechos y garantías fundamentales, también es posible la declaración de

inconstitucionalidad de leyes y actos normativos del poder público, todo ello revelando la complejidad del sistema de control híbrido o dual existente en Brasil, donde el control difuso, pese las innegables restricciones que le han sido impuestas, seguirá siendo muy presente y necesario entre nosotros.